

308909

45
2ej

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



“ANALISIS DE LA CONCENTRACION ENTRE AEROVIAS
DE MEXICO, S.A. DE C.V. Y CORPORACION MEXICANA
DE AVIACION, S.A. DE C.V.”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LUIS URIEL PEREZ DELGADO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JAVIER AGUILAR ALVAREZ DE ALBA

MEXICO, D. F.

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

272555



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 Dios con inmensa gratitud por todas las bendiciones recibidas.

A mis tíos, primos y amigos que en diferentes momentos de mi vida, han contribuido a mi formación.

A mis padres por todo su amor, cariño y dedicación para brindarme una educación.

A Julieta por su invaluable compañía y comprensión, durante todo este tiempo.

A mi hermano por su apoyo y compañía.

A mis maestros y compañeros por los valiosos conocimientos aportados y por las inolvidables experiencias compartidas.

Al dulce recuerdo de mi abuelita Julieta, a su deseo de verme superar esta etapa, a quien agradezco me haya brindado tanto *amor* y *temura*. Y a quien ofrezco los esfuerzos realizados para lograr esta meta.

A Goodrich, Riquelme y Asociados por sus múltiples contribuciones a mi formación profesional, así como por las continuas oportunidades y apoyo que me han brindado.

Con profundo agradecimiento, a mis tíos *Alejandro* y *Lourdes* por todo su apoyo, así como por los sabios consejos y oportunas orientaciones, los cuales me permitieron concluir esta etapa de mi vida.

Muy en especial al licenciado Javier Aguilar Alvarez De Alba por el tiempo, dedicación, orientaciones y en general por todas las finas atenciones recibidas que hicieron posible la realización del presente trabajo.

**ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ENTRE AEROVÍAS DE MÉXICO
Y
LA COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN.**

I.- ANTECEDENTES DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA	
1).- Legislación en la Época Colonial.....	3
2).- Antecedentes Constitucionales.....	5
A).- Constitución de 1857.....	6
B).- Constitución de 1917.....	8
3).- Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional (28/junio/1926).....	11
4).- Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional (24/agosto/1931).....	12
5).- Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios (31/agosto/1934).....	13
II.- CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y A SU REGLAMENTO	
1).- Consideraciones previas.....	16
2).- Ley Federal de Competencia Económica.....	19
3).- Fundamento Constitucional.....	22
4).- Contenido de la Ley Federal de Competencia Económica.....	24
A).- Disposiciones generales.....	24
B).- Prácticas prohibidas.....	26
a).- Prácticas monopólicas absolutas.....	26
b).- Prácticas monopólicas relativas.....	26
c).- Concentraciones.....	34
5).- Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.....	38
III.- NOCIONES GENERALES DE LAS CONCENTRACIONES	
1).- Conceptos jurídico-económicos de concentraciones.....	43
2).- Diversas clasificaciones de las concentraciones.....	44
A).- En atención a la naturaleza de las producciones y servicios de las empresas participantes.....	44
a).- Concentración horizontal.....	44
b).- Concentración vertical.....	44
c).- Concentración mixta.....	44
B).- Atendiendo a la intensidad o grado de concentración.....	44
a) Integración o concentración máxima.....	44
b) Asociación o concentración limitada.....	45

c) Agrupación o concentración parcial	45
3).- Diversas ventajas derivadas de las concentraciones.....	45
4) - Diferentes acepciones de concentraciones.....	46
5).- Análisis y estudio del procedimiento de notificación de las concentraciones regulado en la Ley Federal de Competencia Económica.....	49
A) Naturaleza jurídica de la notificación, previa a realizar una concentración.....	50
B) Análisis y observaciones al procedimiento de notificación regulado en la Ley Federal de Competencia Económica.....	57

IV.- ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ENTRE AEROVÍAS DE MÉXICO Y LA COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN

1).- Desarrollo histórico de Aerovías de México y la Compañía Mexicana de Aviación.....	61
2).- Situación económica y financiera planteada a la Comisión Federal de Competencia, al momento de notificar la operación de concentración entre Aerovías de México y la Compañía Mexicana de Aviación.....	67
3).- Resolución de la Comisión Federal de Competencia del 14 de agosto de 1995.....	72
4).- Resolución de la Comisión Federal de Competencia de noviembre de 1995.....	73
5).- Análisis jurídico de la concentración entre Aerovías de México y Mexicana de Aviación a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica.....	76
A).- Determinación del mercado relevante.....	79
B).- Determinación del poder sustancial en el mercado Relevante.....	82
C).- Detección de ciertas conductas anticompetitivas.....	85
6).- Análisis jurídico de la concentración entre Aerovías de México y Mexicana de Aviación desde el punto de vista del servicio público que prestan.....	87
A).- Servicios públicos propios e impropios.....	89
a) Servicio público propio.....	89
b) Servicio público impropio.....	91
c) Características que distinguen al servicio público propio del impropio.....	91
B).- Caracteres esenciales del servicio público.....	92
a) Generalidad o universalidad.....	92
b) Uniformidad o igualdad.....	93
c) Regularidad.....	94
d) Continuidad.....	96
e) Obligatoriedad.....	97
f) Permanencia.....	98
g) La adaptabilidad.....	98

h) La gratuidad.....	99
C).- Los elementos del servicio público.....	101
a) La necesidad cuya satisfacción se destina el servicio.....	101
b) La actividad destinada a satisfacer la referida necesidad.....	102
c) El universo de usuarios potenciales del servicio público.....	104
d) La intervención estatal.....	105
e) El sujeto que desarrolla la actividad satisfactora.....	106
f) Los recursos empleados en la prestación del servicio.....	106
g) Un régimen jurídico, exorbitante del derecho privado.....	106
i) El poder de policía.....	107
ii) El dominio público.....	108
iii) Restricciones al dominio privado.....	108
D).- Definición del Servicio Público.....	108
a) Aceptación de servicio.....	108
b) Definición de servicio público.....	109
E).- Formas de gestión del servicio público.....	110
a) Prestación por entes de Derecho Público.....	110
b) Prestación por personas de Derecho Privado.....	110
F).- La concesión del servicio público.....	111
a) División.....	112
b) Clasificación.....	112
c) La concesión administrativa.....	112
d) La desconcentración por colaboración.....	113
e) Definición de la concesión de servicio público.....	113
f) Naturaleza jurídica de la concesión de servicio público.....	114
g) Elementos de la concesión de servicio público.....	114
i) El concedente.....	114
ii) El concesionario.....	115
iii) El servicio público concedido.....	116
h) La teoría de la imprevisión.....	118
CONCLUSIONES.....	120
BIBLIOGRAFIA.....	125

INTRODUCCION

En México las disposiciones referentes a la concurrencia económica han adoptado todas las tendencias imaginables a través de los años, desde el liberalismo extremo hasta los sistemas sociales centralistas, los cuales postulan una intervención ilimitada del Estado en la economía. Actualmente, la legislación ha adoptado una tendencia neoliberal, reconociendo las virtudes de la economía de mercado.

A partir de la Constitución de 1917, el artículo 28 constitucional, las 3 leyes reglamentarias que se expidieron con anterioridad a la Ley Federal de Competencia Económica y este último ordenamiento han servido como los únicos fundamentos legislativos en materia de protección a la competencia. En el caso de las 3 leyes reglamentarias no se establecieron medios adecuados para hacer realidad la protección de esta garantía y sólo se limitaron a configurar ciertas conductas como tipos sancionables. Derivado de una legislación tan limitada, su efecto práctico fue casi nulo, al grado de que en pocos casos se llegó a impugnar a los monopolios.

La ineficacia demostrada por los ordenamientos jurídicos, aunada a las nuevas tendencias económicas en que se vio envuelta nuestra economía, hicieron latente la necesidad de crear un nuevo ordenamiento en materia de protección a la competencia, que respondiera a las nuevas necesidades. El 24 de diciembre de 1992, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley Federal de Competencia Económica, y que según sus creadores sería el instrumento jurídico para encaminar a la económica hacia un verdadero sistema de libre mercado.

La Ley Federal de Competencia Económica pretende como objetivo principal sentar las bases para una actuación más eficiente de los mercados adoptando como premisas más relevantes: la apertura económica, la promoción a la inversión extranjera directa, la desregulación de la banca y de otros sectores específicos, por sí solos, insuficientes para crear el entorno económico competitivo necesario para el país.

El proceso de competencia y libre concurrencia que se busca establecer con la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica, se puede ver limitado por varios factores, incluso el Estado.

La intención del legislador con la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica fue muy clara: combatir directamente cualquier práctica monopólica que pueda afectar el proceso de competencia, mediante la aplicación vigorosa de la Ley, sin excepciones, ya que incluirlas implicaría el riesgo de la aplicación discrecional y la politización de la Ley. Respecto de la intención de no establecer excepciones para evitar dicrecionalidad por parte de las autoridades, la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica establece:

Que entre los motivos que originaron la abrogación de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios se señala la amplia discrecionalidad otorgada a las autoridades por este ordenamiento.

Como se puede observar, se pretendió determinar un ordenamiento claro, preciso y exacto para evitar que la autoridad encargada de aplicarlo, tuviera a su alcance libertad de otorgar diferentes tratamientos para los casos que se presentaran. Sin embargo, a pesar de las intenciones plasmadas por el legislador al promulgar la Ley Federal de Competencia Económica, pareciera que la historia de los monopolios en México coincide en muchos casos con la historia del poder irrestricto del ejecutivo, del abuso del poder, de la preponderancia de los intereses del capital.

La lectura del presente trabajo permitirá conocer algunos de los antecedentes jurídicos de la Ley Federal de Competencia Económica, señalar los principios rectores de este ordenamiento y puntualizar algunos conceptos en torno a las concentraciones. Una vez planteado el marco teórico en torno a la competencia económica y específicamente de las concentraciones, se proceda a analizar uno de los primeros casos de concentración estudiados y resueltos por la Comisión Federal de Competencia: la concentración de Aerovías de México y Mexicana de Aviación.

La forma en que se aborda el tema de la concentración de Aerovías de México y Mexicana de Aviación permitirá conocer los antecedentes históricos de ambas empresas, tocando el tema de las situaciones económicas distintas por las que han atravesado ambas empresas, los diferentes cambios de administración y de propietarios, en manos de particulares, bajo el control del Estado y nuevamente bajo el dominio de los particulares. También se describirán las causas que dieron origen a la difícil situación económica y financiera de las empresas y que originaron la concentración permitida temporalmente por la Comisión Federal de Competencia. Asimismo, se presentarán los criterios considerados por la Comisión para permitir la concentración; las consecuencias económicas y jurídicas que se han presentado después de la concentración en estudio, y por último algunas consideraciones en torno al servicio público concesionado.

Después de analizar todos los aspectos que se describen en este trabajo se podrá llegar a conclusiones en torno a la posible contradicción entre los objetivos, finalidades y principios pretendidos por los creadores de la Ley Federal de Competencia Económica y la concentración de Aerovías de México y la Compañía Mexicana de Aviación, permitida temporalmente por la Comisión Federal de Competencia. Así, se podrá considerar la posible ilegalidad de la resolución que permitió la concentración de ambas empresas y por último considerar las consecuencias ocasionadas dentro del mercado relevante del servicio público de transportación aérea nacional regional.

I. ANTECEDENTES DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La preocupación por la competencia y los monopolios en México, no es nueva. De hecho, uno de los primeros antecedentes legislativos de la competencia en el mundo fue nuestra Constitución de 1857, donde se prohibía la existencia de estancos y monopolios, precediendo a las primeras legislaciones de competencia de Canadá y Estados Unidos, que datan de 1889 y 1890, respectivamente.

De esta forma en México, las leyes para sancionar los monopolios han tenido una presencia que merece una exposición en particular y que en este capítulo se procederá a mencionar los principales antecedentes. Cabe señalar que en consideración del maestro Barrera Graf estos esfuerzos legislativos tienen una rancia y venerable tradición.¹

Las disposiciones referentes a la regulación de la concurrencia económica han adoptado en nuestro país, a través de los años, todas las tendencias imaginables, desde el liberalismo extremo hasta los sistemas sociales centralistas, los cuales postulan una intervención ilimitada del Estado en la Economía. En nuestros días la legislación ha adoptado una tendencia neoliberal, reconociendo las virtudes de la economía de mercado y la importancia de promover la inversión productiva tanto nacional como extranjera en todos los sectores. Este periodo se ha caracterizado por la apertura de mercados, el aliento al ingreso de capital y tecnología extranjera, así como la liberalización generalizada de la economía.

Durante la colonia, la legislación de carácter proteccionista en vigor, alentó la corporativización de prácticamente todos los sectores de la economía, reservando la corona, una parte importante de la actividad económica para sí y concediendo el Estado privilegios exclusivos en favor de particulares y corporaciones. Este sistema restrictivo fue acompañado de un sistema legislativo el cual imponía severas sanciones a los infractores que, dadas las características peculiares de la colonización, resultó inoperante. En la misma

¹ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1989, pág. 152

época, la Península Ibérica vio nacer las primeras normas protectoras de la concurrencia generando disparidades importantes entre el régimen colonial y el régimen vigente en la España continental.

El triunfo de la Independencia, considerado frecuentemente como un triunfo del liberalismo, generó la apertura paulatina de la economía, al grado de elevar la protección ilimitada del sistema de libre mercado a rango constitucional en 1857. El *laissez faire, laissez passe* se convertiría en un dogma de fe, dejándose al libre juego de los elementos del mercado la determinación del futuro económico del país, en una época en la cual los insumos existían de manera muy limitada en el mercado. Esto facilitó la acumulación de los incipientes recursos de la nueva nación ya consolidada, en un pequeño grupo de latifundistas y una clase emergente de “industriales”. Sesenta años más tarde, el sistema se moderaría para prohibir los monopolios particulares en adición a los monopolios de Estado, garantizándose la concurrencia en normas constitucionales. Estas normas, fueron desvirtuadas, al grado de ser irreconocibles por la legislación secundaria que las utilizó como “fundamento” de un régimen intervencionista el cual sancionó precisamente lo que pretendía evitar.

La Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios de 1934 sirvió, como el único fundamento legislativo (en adición al propio Artículo 28 constitucional) en materia de protección a la competencia en nuestro país durante casi sesenta años. La Ley otorgaba una amplia discrecionalidad al poder administrativo en esta materia, al grado de permitir políticas liberales y sociales o de “liberalismo social”, sin que la misma controle o limite en manera alguna al ejecutivo quien disponía de facultades irrestrictas para controlar los factores económicos.

En pocos casos se impone con tanta justificación la referencia a un grave problema social, económico y jurídico, en sus consecuencias y desarrollo histórico como en el relativo a los monopolios en México. La historia de este problema parece coincidir con la historia del poder irrestricto del ejecutivo, del abuso del poder, de la preponderancia de los intereses del capital. En una economía tendiente a la globalización, las esperanzas de un Estado como el nuestro se centran en la creación de un régimen de competencia y libre mercado, sano y eficiente, libre de proteccionismo y controles innecesarios. La

historia nos demuestra² cómo la existencia de controles oligopólicos y monopolísticos en la mayor parte de los casos va acompañada de intervenciones estatales, siendo el monopolio natural insostenible en un auténtico régimen de libre mercado. Nuestro país requiere como nunca de la adopción de dicho régimen y la legislación en esta materia parece ser un vehículo idóneo para llevarlo a cabo.

1. Legislación en la época Colonial

Los antecedentes más remotos de la legislación en materia de monopolios pueden encontrarse en las Leyes de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.³ Estas leyes como otras en el México de la Colonia, prohibían los monopolios particulares (castigados mediante la confiscación de bienes y destierro), en especial los de productos alimenticios de consumo generalizado. El énfasis que se dio a la protección de la competencia en los productos “básicos” se conserva hasta nuestros días en la disposición constitucional en la materia.

En sus inicios, el régimen colonial tuvo que enfrentarse a problemas muy graves de índole económico. Las actividades mercantiles se extendieron a las ramas más importantes de la vida de la Nueva España. Los productores agrícolas pronto fueron objeto de la voracidad de los acaparadores quienes servían de intermediarios entre los agricultores y los consumidores.

El comercio exterior estuvo sometido a un doble monopolio: por una parte el gobierno de la península se reservó el comercio de sus colonias en forma exclusiva, señalando de manera limitada los puertos, navieros y comerciantes facultados para negociar entre las colonias y el exterior. Al llegar las mercancías a las colonias eran objeto de una concentración por parte de los comerciantes, quienes esperaban el arribo de los buques en Veracruz y Acapulco para adquirirlas y distribuirlas en el interior. El gobierno de la península adoptó diversas medidas tendientes a remediar abusos los cuales resultaron generalmente inútiles. Los “positos” y “alhóndigas” servían de almacenes donde se guardaba y vendía productos de primera necesidad, con el propósito de disminuir la especulación, lo que a veces se conseguía en las ciudades pero no en el interior.

² Roll, Eric, *A History of Economic Thought*, Ed. Faber and Faber Ltd, London, 1953 pág. 346

³ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., Supra (1).

La corona se reservó ciertos privilegios. Abundaron los estancos, en su origen, lugares en los cuales el Estado concentraba y distribuía mercancías en condiciones estipuladas unilateralmente.

El Estado monopolizó sectores importantes de la economía destacando por su importancia los estancos del tabaco y azogue, la pólvora y los naipes, los cuales se destinaban al real patrimonio. Más tarde se amplió esta lista para comprender otros productos, destinándose los ingresos para sufragar los gastos de la administración colonial. La Real Ordenanza de Intendentes, confirmada por el Rey el 4 de diciembre de 1786, entregó la vigilancia de los estancos a las autoridades locales sin que la medida disminuyera los abusos.

Al comenzar el siglo XIX se inicia un movimiento tendiente a la eliminación de los estancos y a una mayor autonomía de las colonias, ideas consagradas en el movimiento liberal de 1812 y en la Constitución de Cádiz.

La independencia no acarreó cambios jurídicos radicales en todas las materias, substituyendo en muchas ocasiones las leyes y prácticas administrativas vigentes en el Siglo XIX. Durante muchos años subsistieron los estancos, considerados como fuentes importantes de ingresos del Estado, que los atendía directamente o los entregaba a particulares para su explotación.

El atraso económico del país era evidente, acusando un desarrollo industrial lento y poco productivo. A fines del Siglo XIX, el mexicano promedio tenía como ocupación directa la burocracia. Se inicia paulatinamente de la inversión extranjera.⁴

Desde la independencia, un sector importante de tendencia liberal se pronunció contra los monopolios y estancos. Sus ideas respondían a consideraciones teóricas propias del capitalismo competitivo. Los privilegios de los gremios se eliminaron formalmente hasta 1814, pero los estancos siguieron existiendo, habiendo dejado subsistente su desaparición en el orden nacional la posibilidad del establecimiento de los mismos en los Estados.

Los privilegios favorecieron a los españoles durante la colonia; toda

⁴ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 10ª ed. Ed. Porrúa, México, D.F., 1981, págs. 354-355.

eliminación de restricciones impuestas al comercio por los gobiernos coloniales era aprobada por las corrientes independentistas o liberales, tendencia que se ratificó por el decreto de diciembre de 1821, el cual abrió las puertas de México a los barcos y mercancías extranjeras con un arancel uniforme del 25% sobre el valor.⁵

El debate sobre los monopolios corporativos y estancos estuvo unido, durante este periodo, al generado en relación con la conveniencia de las prohibiciones y aranceles para la industria local, así como los medios de fomento a la misma. En la discusión de política económica, el problema de los aranceles ocupó un lugar privilegiado.

Prevalció, durante el periodo 1821-1856, una política de protección arancelaria, mitigada por el contrabando generalizado, alentado por la corrupción de los funcionarios y la ausencia de un sistema de control organizado. La constitución de 1857 resultó el principio de solución al problema aún cuando no fueron adoptadas medidas concretas de manera inmediata.

El problema de los estancos desapareció paulatinamente, sobre todo a la luz de las disposiciones que en la materia se dictarían en las constituciones de 1857 y 1917. Resulta extraña la preocupación que demostraría el legislador de 1934 al dictarse la tercera Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional por este problema, que para todo efecto práctico había desaparecido por completo.

2) Antecedentes constitucionales.

Como lo señala el licenciado Javier Aguilar Álvarez de Alba, la primera prohibición constitucional a los monopolios aparece en nuestra Constitución de 1857, prohibición ratificada en la vigente y a la que se suma, la libre concurrencia como garantía individual.⁶

⁵ Gandulfo Zullita Fellini y Rafael Pérez Miranda, "El Derecho Frente a los Monopolios", en *Estudio de Derecho Económico*, vol. IV, núm. 11, 1983, pág. 102.

⁶ Aguilar Alvarez de Alba, Javier, "Características esenciales de la Ley Federal de Competencia Económica", en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. 1993. pág. 7

Afirma don Gustavo R. Velasco,⁷ en un ensayo preparado hace más de treinta años, que aunque varios países, notablemente en los Estados Unidos Mexicanos, tienen leyes antimonopólicas en vigor, no conoce otro en el cual la prohibición de los monopolios haya alcanzado el carácter de una norma de rango constitucional. Afirma, después de manifestarse en contra de los efectos indeseables de las economías monopolizadas, que *si las observaciones anteriores son exactas, en México no deberíamos tener por qué inquietarnos*, para concluir (después de analizar la legislación vigente en la materia) que esta afirmación dista mucho de ser exacta.

En efecto, desde 1857, la prohibición del monopolio estatal alcanzó el rango de norma constitucional, limitando la intervención del Estado a los casos de excepción señalados por la propia constitución.

La Constitución de 1917 agregaría al catálogo de las garantías individuales una que bien podríamos denominar “garantía de libre concurrencia”. Al Estado se le impone la obligación correlativa de proteger la libre concurrencia y el acceso al mercado, mediante leyes en la materia. Esta garantía constituiría el corolario de la libertad de profesión consagrada en el Artículo 5 de la Carta Magna. A diferencia de su antecesora, la Constitución de 1917 se refiere de manera concreta a los monopolios particulares, imponiendo al Estado no sólo la obligación negativa de abstenerse de crear monopolios en su favor, sino la positiva de combatirlos cuando éstos se generen o existan en favor de particulares.

A) Constitución de 1857

El proyecto de Constitución de 1856 disponía en su Artículo 28: *No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria.* A este precepto se agregó, como consecuencia de los debates previos a la adopción del texto definitivo lo siguiente:

Exceptuándose únicamente lo relativo 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.

⁷ Velasco, Gustavo R., “El Problema de los Monopolios”, en *Publicaciones del Instituto Tecnológico de México de la Asociación Mexicana de Cultura, A.C.* (sin año), México, D.F. pág. 14.

El carácter de garantía individual de esta disposición, imponía en ese momento limitaciones al Estado, importando la interdicción de los monopolios públicos y legales entendiéndose como tales aquellos constituidos por virtud de otorgamiento de un privilegio exclusivo por parte del Estado a un particular. Su objeto es pues proteger a los particulares de la actividad estatal. El precepto parte del supuesto de que el gran intervencionismo estatal permanente y acentuado en cualquiera de las manifestaciones contempladas (monopolios, estancos) implica una carga onerosa para los consumidores y una traba para la expansión de la industria y el comercio. No obstante, la disposición no limitaba la posibilidad de expedir leyes contra los monopolios de hecho, tanto más cuando la disposición del Artículo 28 no era sino la expresión del principio general de la libre concurrencia en el campo oficial y daba la tónica de todo el sistema.

El Artículo 28 resulta ser, como ha quedado asentado, corolario de la libertad de profesión, industria o trabajo, pues la libertad sería ficticia si el Estado pudiese arrogarse ilimitadamente el control de las actividades económicas. Nótese al respecto que el texto transcrito califica las excepciones listadas como las únicas admisibles, lo que restringe la posibilidad del Estado de participar directamente en la economía.

Monopolio en el sentido lexicográfico, y según definición del licenciado Toribio Esquivel Obregón, consiste en *el derecho exclusivo que alguno pretende haber obtenido para vender o fabricar determinadas mercancías o efectos, derecho que puede apoyarse en la ley o en la concesión de la autoridad pública.*⁸

Esto es lo que la constitución de 1857 prohibía (en adición a los monopolios estatales no exceptuados). El monopolio que resulta del libre juego de los factores económicos, o del acuerdo de competidores en una rama de la industria o del comercio, no estaba previsto ni prohibido por la Constitución de 1857, considerado como un efecto de la libertad contractual y de comercio. Con base en lo anterior, la disposición en cita salta a la vista por su estampa de liberalismo económico radical, propio de las ideas imperantes en el país y el

⁸ Definición en una monografía preparada por el licenciado Toribio Esquivel Obregón en relación con la expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios de 1934. Trabajo no editado formalmente, pero se conserva una copia del texto original en la Biblioteca del Colegio de México.

mundo en ese momento.

La prohibición contenida en el Artículo 28 de la Constitución de 1857 permitía, por una parte, imponer aranceles a la importación de mercancías y por otra, no impedía el uso pragmático de estas políticas aceptando, los mismos liberales, los beneficios del proteccionismo precedente y la necesidad de adoptar sus principios ideológicos a las peculiaridades del país.

B) Constitución de 1917.

El texto original del Artículo 28 de la Constitución de 1917 reproducía casi a la letra el del mismo numeral de la Constitución de 1857, aunque añadía algunas actividades en la enumeración de los monopolios estatales que escapaban a la prohibición general (telégrafos, radiotelegrafía); imponía al Estado la obligación de crear o al menos controlar un banco de emisión de moneda *emisión de moneda por medio de un solo banco que controlara el gobierno federal*; y agregaba a los privilegios temporales que pueden otorgar las leyes a los *autores y artistas para la reproducción de sus obras*.

Adicionalmente, el texto de la Constitución de 1917 restringe la libertad contractual de los gobernados facultando y obligando al Estado a dictar leyes que *castiguen severamente* las conductas monopólicas; la colusión entre competidores, cuando tienda a limitar la competencia; el acaparamiento de productos de consumo necesario; etc. El texto impone la obligación a los órganos administrativos de *perseguir con eficacia* a aquellos individuos que infrinjan las disposiciones dictadas por las autoridades en ejercicio de las facultades que el Artículo les confiere. Se agregó consecuentemente a la disposición del *párrafo primero*, la *prohibición del monopolio particular*. La Constitución de 1917 consagra aquí la verdadera libertad individual de la libre concurrencia, no sólo limitando la actividad estatal, sino imponiéndole la obligación activa de luchar contra el monopolio y la acaparación cuando se genere como consecuencia de los actos de particulares. El texto constitucional es claro y su sentido indubitable; se trata de limitar la libertad individual y evitar por ese medio que las personas o los grupos puedan conspirar contra la libre concurrencia⁹ con las siguientes excepciones:

⁹ Esquivel Obregón, Toribio, Op. Cit., Supra (8).

a) Asociaciones de trabajadores formadas para defender sus propios intereses;

b) Sociedades cooperativas de productores para que en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en el mercado extranjero los productos nacionales cuando éstos constituyan la principal fuente de riqueza de la región de que procedan, siempre que no se trate de productos de primera necesidad y que los interesados obtengan autorización del Estado y se sometan a su vigilancia.¹⁰

Así, se puede concluir que la Constitución de 1917 separó la prohibición de los monopolios del carácter de garantía individual, puramente restrictivo de la actividad del Estado, para sentar una directiva a dicha acción y atribuirle competencia en materias que antes sólo podía derivar de las leyes secundarias.

Cabe añadir algunas expresiones con las cuales el jefe del ejército constitucionalista presentó el proyecto de Constitución, al someterlo a consideración del constituyente de Querétaro.

Combatir eficazmente los monopolios y asegurar en todos los ramos de la actividad humana la libre concurrencia, la que es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos...

También resulta relevante que la comisión que dictaminó el proyecto repitió su creencia de que *el monopolio es odioso...*(por lo que) *debe dejarse el mayor campo de libertad posible al comercio y a la industria*, y que en la discusión no hubo una sola voz, que se levantara en contra de la libre concurrencia o en pro de otro sistema social.

El principio tradicional y constante del liberalismo económico y del

¹⁰Esta iniciativa fue presentada por la diputación yucateca y en ella se estatuye la primera contradicción jurídica del sistema de control de monopolios. Es indicativa del rechazo a la tesis liberalista, facultando al Estado para intervenir directamente en la economía. Su inclusión en la Constitución es evidentemente contraria a los principios de solidaridad internacional que deben regir la actuación de los Estados en esta materia. Esta situación evidencia el interés de las legislaturas de cada Estado de proteger a los productores nacionales aún a costa de los intereses de los consumidores en otras naciones.

sistema capitalista es el de la libertad de ocupación, consagrado en el texto del Artículo 5o. de nuestra carta magna. *A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos.* Este Artículo que consagra la libre concurrencia al mercado esta protegido por sanciones penales que castigan severamente todo acto o procedimiento que evite, dificulte o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o el comercio.

El alcance de esta garantía como libertad individual no es ilimitado y por eso el texto constitucional requiere que la actividad sea lícita. La Constitución señala que esta libertad podrá vedarse por resolución judicial cuando se ataquen los derechos de terceros o por resolución gubernativa dictada en términos de Ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad. A estas restricciones, se suman otras, ya de carácter contractual (como la obligación que asume el vendedor de un negocio de no abrir otro del mismo giro por un periodo limitado), las derivadas de la calidad o posición de un sujeto en relación con otros en la sociedad (la prohibición impuesta a los corredores públicos de ejercer el comercio en nombre propio), o las impuestas por las leyes dictadas con miras a la protección de las clases consideradas como desprotegidas (limitaciones al comercio en materia de protección al consumidor).

En virtud de este sistema restrictivo, sobre todo a través de leyes y de reglamentos administrativos, el principio y la doctrina liberal clásica de la libertad de comercio deben ser seriamente cuestionadas.¹¹ Ambos tienden a ser sustituidos por un régimen de economía dirigida por el Estado, al cual las reformas mencionadas (diciembre de 1982) atribuyen abierta y claramente la *rectoría del desarrollo nacional* (Art. 25 constitucional primer párrafo) la "planeación, conducción, coordinación y orientación de la vida económica nacional" (segundo párrafo), *la planeación democrática del desarrollo nacional* (Artículo 26 constitucional primer párrafo), *a través del plan nacional de desarrollo* (segundo párrafo). Al respecto la exposición de motivos de la reforma de 1982 señala: *Con mayor fuerza se siente la necesidad de la intervención del Estado en la economía de los países, a fin de dirigirla mediante normas adecuadas a impedir que el libre juego de los intereses particulares lesione los más altos de la sociedad.*

¹¹ Barrera Graf, Jorge, Op. Cit., Supra (1) p.142.

El movimiento legislativo reciente ha obtenido la liberación paulatina de la economía de nuestro país pero se ha limitado a modificar disposiciones secundarias. Los principios constitucionales que facultan al Estado para intervenir de manera directa en la economía para *orientarla, planearla y conducirla* continúan incolumnes. Es de vital importancia que las reformas se extiendan al texto constitucional para lograr una reforma integral del sistema jurídico en materia económica. La reforma resulta especialmente urgente para lograr armonía entre el espíritu de las nuevas disposiciones secundarias y el texto constitucional.

Por otro lado cabe señalar que también se expidieron 3 Leyes Reglamentarias del Artículo 28 Constitucional en materia de libre concurrencia y que, en opinión del licenciado Aguilar Álvarez de Alba, no previeron medios adecuados para hacer realidad la protección a esta garantía y que sólo se limitaron a configurar ciertas conductas como tipos sancionables,¹² y que por su trascendencia como antecedente de la Ley Federal de Competencia Económica se procederá a exponer.

3) Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional (28 de junio de 1926) (derogada).

Expedida el 24 de junio de 1926 con el título de Ley Orgánica del Artículo 28 de la Constitución representa el primero de tres intentos (sin contar la nueva Ley) de los legisladores mexicanos de regular la materia. Esta Ley reproduce las disposiciones constitucionales en términos sencillos, sin aportar conceptos novedosos de ninguna especie. La Ley inicia prohibiendo toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario que tenga por objeto obtener alzas en los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público; todo acuerdo o combinación entre industriales, comerciantes o prestadores de servicios tendiente a evitar la competencia; y todo lo que constituya una ventaja exclusiva en favor de una o varias personas determinadas con perjuicio del público en general o de alguna clase social, dentro del territorio nacional.

El artículo segundo enumera de manera más o menos arbitraria, los

¹² Aguilar Alvarez de Alba, Javier, Op. Cit., Supra (6)

productos de *consumo necesario*: ...son productos de *consumo necesario* los siguientes: maíz, frijol, trigo, papa, lenteja, haba, arvejón, sal, harina, manteca, carbón vegetal, azúcar y piloncillo.

El capítulo tercero contiene disposiciones tendientes a regular el abasto de productos alimenticios y evitar concentraciones en este ramo las personas que se dediquen a la producción de trigo no podrán tener panaderías (art. 5), nadie podrá tener más de seis molinos de nixtamal (art. 6), queda prohibida la elaboración de alcohol con semillas comestibles (art. 9), etc.

El capítulo séptimo determina las sanciones por incumplimiento o violación de las disposiciones de la Ley, desde multa, clausura y confiscación de bienes, hasta la imposición de sanciones corporales (hasta tres años).

En términos generales, la Ley parece estar más preocupada por servir de paliativo a los problemas de acaparamiento y desabasto de productos alimenticios que privaron durante los meses previos a su expedición, que por regular el precepto constitucional en cuestión de manera coherente.

4) Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional (24 de agosto de 1931)(derogada)

La Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional relativa a monopolios fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de agosto de 1931, con una vigencia efímera de sólo tres años.

Esta Ley resulta probablemente el mejor de los tres intentos legislativos que precedieron a la expedición de la Ley Federal de Competencia Económica, en virtud de incorporar algunas consideraciones económicas básicas a las presunciones de monopolio ignoradas en la Ley de 1934. Asimismo la Ley autoriza de manera general y sin que en ello medie en favor del Estado en relación con sujetos determinados, ciertas agrupaciones cuyo objeto se limite a la mejoría de los procedimientos de producción, la eliminación de intermediarios, mejoras en la distribución, exportación de los excedentes de producción, etc. Como se ha visto son actividades generalmente exceptuadas en otras legislaciones en atención a que sus efectos anticompetitivos suelen ser menores que los beneficios que generan. La Ley es clara y aunque dista de ser una legislación adecuada (extremadamente pobre e incompleta) es acorde con los principios contenidos en la Constitución.

Por lo demás y específicamente en relación con los productos de consumo necesario, la Ley de 1931 sentaría las bases como su antecesora, para el intervencionismo injustificable del Estado en materia económica, que en la Ley de 1934 aparecería ya como una tendencia abierta del Estado en todas las ramas de la actividad económica.

5) Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de monopolios (31 de agosto de 1934) (derogada)

Antes de la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica, la protección a la competencia estuvo regulada por la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en materia de monopolios, publicada el 31 de agosto de 1934. Esta Ley fue modificada en cuatro ocasiones, en 1942 y 1952 para actualizar las sanciones económicas y en 1974 y 1980 para agregar incisos al listado de las actividades que se consideran como tendientes al monopolio. Se expidieron dos reglamentos de importancia:

-El Decreto que reglamentaba el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere la fracción segunda del artículo cuarto de la Ley Orgánica del Artículo 28 constitucional.

-El Reglamento sobre Promociones y Ofertas.

Adicionalmente son de particular interés en la materia como antecedentes, La Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica (1950), la Ley Federal de Protección al Consumidor (1992), la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y su Reglamento (1973 y 1989, respectivamente) y la Ley sobre Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (1982). Algunas otras leyes como la Ley Bancaria, Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras, la Ley del Mercado de Valores, Ley de Sociedades de Inversión, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley Federal de Instituciones de Fianzas y Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito contienen disposiciones que limitan la tenencia individual de acciones en empresas del sector financiero con el propósito de evitar acumulaciones o concentraciones excesivas de capital que el legislador ha considerado perjudiciales. Finalmente

debe señalarse el Código Penal que incluye un capítulo en materia de delitos contra la economía pública actualmente en vigor.

La Ley de Monopolios contemplaba tres tipos de monopolios: los monopolios estatales a los que se exime de regulación negando que lo sean; los monopolios legales autorizados o con participación del Estado (en cualquier proporción) o que de manera general no causan perjuicio al pueblo o a alguna clase social.

De esta forma no se consideraba monopolio a las empresas de servicios públicos concesionados o con participación estatal, aún cuando no operaran en áreas prioritarias. Resultando aberrante desde el punto de vista económico en virtud de ser los monopolios que atentan sólo contra una clase reducida de productores o un grupo de consumidores los más peligrosos y más fáciles de mantener, aún sin la intervención del Estado. Los ilegales representan los que no tienen autorización, causan perjuicio y no están autorizados (aparentemente en los sesenta años en los cuales la Ley estuvo en vigor sólo se cumplieron estos requisitos en dos ocasiones en las cuales efectivamente se sancionó la existencia de un monopolio, pues salvo por estas dos excepciones, la Ley de Monopolios es letra muerta.

El artículo primero inicia con una prohibición tajante En términos del artículo 28 de la Constitución, *se prohíbe la existencia de monopolios y de estancos*. El artículo segundo define el estanco como *el monopolio constituido en favor del Estado para procurar provecho al fisco*.

En el artículo tercero comienzan a asomarse los vicios que plagan el resto de las disposiciones. En efecto, el precepto reza *...se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permita a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social*. Resalta aquí toda referencia a la libre competencia, garantía protegida por el artículo 28. El artículo tercero sujeta la existencia de una violación a que se demuestre que la concentración o acaparamiento produce perjuicio a una *clase social o al público en general*. La disposición en cita ignora completamente el texto reglamentado en el cual el núcleo de la disposición está constituido por la prohibición de la existencia de *todo, procedimiento o combinación...para evitar la libre concurrencia*. Esta amplia prohibición constituye el objeto de la

disposición constitucional, la protección de la libre concurrencia y son las demás palabras, las que sí aparecen en el artículo 3 de la Ley como requisitos indispensables para la actualización del supuesto, sólo calificativos utilizados en el texto constitucional para dar énfasis a la prohibición.

Por lo que se refiere a la imposición de sanciones que por lo general importaban multas ridículas (hasta quinientos pesos) y clausuras temporales de los establecimientos involucrados, las sanciones penales se reservaban al Código Penal.

El opinión del licenciado Aguilar Álvarez de Alba, este ordenamiento se aplicó por las autoridades competentes casi exclusivamente como fundamento para fijar precios oficiales, conjuntamente con la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica y son pocas las ejecutorias en donde se impugna directamente a la Ley de Monopolios de 1934.¹³

La Ley de 1934 resulta tan contradictoria en sí misma y con el texto y espíritu de la norma que pretende regular que el efecto de su aplicación sería el de fomento y no el de combatir el monopolio. La legislación en la materia fue tan limitada que su efecto fue prácticamente nulo. En la materia son tan pocos y tan escasos los casos (y de tan relativa importancia) que el mismo Gustavo R. Velasco¹⁴ afirma jamás haber oído de ellos.

Los analistas económicos y comentaristas de los medios masivos de comunicación anunciaron con motivo de la expedición de la Ley Federal de Competencia Económica, que este ordenamiento era el primero que existía en la materia en nuestro país. El desconocimiento de los anteriores ordenamientos jurídicos, se debió en parte, por su casi nula o poca aplicación, al combatir los monopolios.

¹³ Aguilar Alvarez de Alba, Javier, Op. Cit., Supra (6)

¹⁴ Velasco, Gustavo R. Op. Cit., Supra (7)

II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y A SU REGLAMENTO

1) Consideraciones previas

Durante los últimos once años, los mexicanos hemos sido testigos de importantes y trascendentales cambios estructurales en materia económica y jurídica, y en palabras del entonces Presidente de la Comisión Federal de Competencia; Santiago Levy,¹⁵ *A raíz de estos cambios, el entorno microeconómico en el cual se desenvuelve la actividad económica se ha modificado en forma sustancial. Se ha dado una apertura comercial muy significativa, se ha privatizado la banca y desregulado el sistema financiero, se ha promovido al inversión extranjera directa, se ha fortalecido la capacidad regulatoria del Estado, así como otras modificaciones adicionales, dentro de las que se encuentra un proceso de desregulación o más bien un proceso de revisión del marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad económica. A grandes rasgos, este proceso ha tenido dos vertientes: una vertiente sectorial, cuyos objetivos específicos han sido la regulación de sectores individuales con el propósito de modernizarlos y adecuarlos a las necesidades actuales del país. De esta forma, se ha revisado la legislación que regula la minería, el turismo, la electricidad, por mencionar sólo los ejemplos mas recientes. La segunda vertiente ha sido la desregulación que se ha enfocado a sentar las bases microeconómicas para el desempeño eficiente de la actividad económica a través de acciones que aumenten la competencia, reduzcan los costos de información, y en general, mejoren el funcionamiento de los mercados.*

Dentro de esta segunda vertiente, se podría mencionar como ejemplo las reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles y la aprobación de la nueva Ley Federal de Correduría Pública, la nueva Ley Federal de

¹⁵ Levy, Santiago, "Notas sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica," en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), Serie I, Estudios Económicos, No.24, 1994, D.F., México, págs. 63-65.

Metrología y Normalización y el último ejemplo lo constituye la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor. De esta manera la Ley Federal de Competencia Económica forma parte de este paquete de leyes y pretende sentar las bases para una actuación mas eficiente de los mercados.

La premisa de la Ley es la apertura económica, la promoción a la inversión extranjera directa, la desregulación de la banca y de otros sectores específicos que son, por sí solos, insuficientes para crear el entorno económico competitivo que el país requiere.

De esta manera se establece el propósito de la Ley Federal de Competencia Económica, de ser un instrumento adicional que permita eliminar trabas al funcionamiento eficiente de los mercados que, por varias razones, no son eliminadas por la propia acción de los particulares.

La Ley Federal de Competencia Económica (Ley de Competencia) fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992. Por disposición del Artículo Segundo Transitorio, la Ley entró en vigor una vez transcurridos 180 días de su publicación.

La entrada en vigor de la Ley de Competencia, trajo como consecuencia la abrogación de los siguientes ordenamientos jurídicos: Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios del 31 de agosto de 1934, y sus reformas; Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica del 30 de diciembre de 1950 y sus reformas; Ley de Industrias de Transformación del 13 de mayo de 1941; y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus productos del 25 de junio de 1937.

La publicación de la Ley de Competencia llega a culminar un esfuerzo de reformas legislativas en materia económica iniciada por el presente régimen, con el propósito aparente de liberalizar a la economía mexicana.

Como se mencionó anteriormente la política liberalizadora ha reprivatizado una parte muy importante de la economía incluyendo al sector bancario (salvo por la denominada banca intermedia y el banco central), la comunicación telefónica, el transporte aéreo, fertilizantes, asfalto e inclusive la televisión, cinematografía, periódicos estatales y el transporte ferroviario en fecha recientes. Se ha concesionado a particulares la explotación de pozos

petroleros y la construcción de carreteras y obras públicas de todo género, se ha iniciado un proceso de simplificación administrativa en materia de autorización sanitaria de productos y servicios, constitución y modificación de estatutos de sociedades mercantiles, importación y exportación de bienes; se han adicionado los ordenamientos administrativos que regulan la actuación de las casas de bolsa y otros intermediarios financieros para hacerlos más flexibles y modernos. Inclusive en materia fiscal se ha hecho un moderado esfuerzo por promover al menos una cierta permanencia de las disposiciones fiscales para facilitar la planeación a largo plazo y dar relativa seguridad a los contribuyentes, al tiempo de aplicar mecanismos de control estrictos que faciliten la detección de evasores a efecto de lograr una relativa equidad impositiva, lo que ciertamente favorece significativamente la competencia.

Con la entrada en vigor de la Ley de Competencia, el Estado mexicano consolida sus esfuerzos por encaminar nuestra economía hacia un verdadero sistema de libre mercado. La Ley sustituye la legislación en materia de transferencia de tecnología, hasta esa fecha constituía el único instrumento auténticamente vigente en materia de protección a la competencia. El ordenamiento llega en un momento histórico insuperable. Su necesidad es evidente, pues resulta indispensable asegurar que los enormes beneficios alcanzados con la liberalización económica no se vean mermados por la imposición de trabas y obstáculos al comercio por parte de los particulares. El crecimiento económico que auguran nuestros políticos, depende de un régimen de sana competencia en el cual la economía de mercados se simiente y en el que los avances logrados hasta la fecha se consoliden. La sustitución de un régimen de intervencionismo estatal por uno de oligopolio privado no serviría ni a nuestro pueblo ni a nuestra economía.

El cambio de orientación de la política económica efectuado en México durante los últimos años implica que el desarrollo del país descansará cada vez más en el funcionamiento de los mercados. Una nueva política en materia de protección a la competencia asegura que la operación de los mercados se traducirá en mayor eficiencia y deberá traer como consecuencia la eliminación de barreras a la movilidad social.¹⁶

¹⁶ Castañeda Gabriel, Levy Santiago, Martínez Gabriel y Gustavo Merino, en "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica", en *El Trimestre Económico*, México, D.F., 1993, pág. 230.

2) Ley Federal de Competencia Económica.

El texto propuesto a las Cámaras fue el producto de una investigación realizada por funcionarios de la Dirección General de Desregulación Económica de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y algunos asesores particulares. Los trabajos de elaboración y los estudios que precedieron a la presentación del proyecto de Ley, se extendieron a lo largo de varios años. En la elaboración del proyecto participaron de manera directa una gran cantidad de profesionales de primer nivel con sólidos antecedentes en materia de análisis macroeconómico y financiero. Se tomaron en cuenta antecedentes legislativos de varios países, poniendo especial atención en los efectos generados en cada caso, en el plano económico por la legislación vigente en la materia. Se trabajó de manera cercana con funcionarios de primer nivel de otros países con el propósito de intercambiar experiencias y evitar incurrir en las deficiencias o errores de las legislaciones en otros países. La investigación minuciosa abarcó un número relevante de fuentes; como lo explica Jorge Witker: *Que para la elaboración de la Ley se llevó a cabo una evaluación detallada de la legislaciones de diferentes países, de sus jurisprudencias, de la literatura académica, legal y económica a la que se refieren dichas fuentes. Además se evaluaron documentos oficiales de diversos países, donde se reportan los objetivos de su política de competencia y desarrollos recientes en la aplicación de leyes.*¹⁷ El resultado de estos esfuerzos es evidente. La nueva legislación antimonopolio de nuestro país es una de las mejores y más modernas del mundo. Esta opinión a sido repetida por expertos en la materia, de los sectores públicos y privados de varios países en los cuales existe una protección vigorosa a la competencia, en los foros organizados con el propósito de darle publicidad y lograr apoyo para el ordenamiento. Desde el punto de vista económico, la Ley parece ser el corolario de la legislación en materia de protección a la competencia en todo el mundo.

La Exposición de Motivos y los documentos que el Presidente de la República presentó junto con la iniciativa al Congreso de la Unión en los cuales se clarifica la intención del ordenamiento, resultan particularmente

¹⁷ Witker, Jorge, "Ley Federal de Competencia Económica," en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 77, Mayo-Agosto, México, D.F., 1993, pág. 35.

relevantes. En términos de dicha iniciativa, el reto de la modernización económica propuesto en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 como estrategia idónea para mejorar, en forma permanente y sostenida, las condiciones de vida de todos los mexicanos, fue abordado por la pasada administración mediante el fomento a la competitividad del aparato productivo y el desarrollo de un sistema de regulaciones económicas que promuevan la concurrencia, la participación y la creatividad de todos los mexicanos en la producción y comercialización de bienes y servicios, siendo estas acciones esenciales para generar empleos cada vez más productivos y mejor remunerados.¹⁸

La iniciativa reconoce la necesidad de *adecuar a las necesidades actuales la legislación reglamentaria del artículo 28 Constitucional en materia de monopolios, libre concurrencia y competencia* haciendo hincapié en el hecho de que el monopolio *es ineficiente, propicia mermas al bienestar social, impide el desarrollo máximo de las potencialidades económicas y reduce en forma permanente la riqueza social*. El texto de la iniciativa indica el rechazo adicionalmente al cartel, las barreras artificiales de acceso al mercado y todo género de actividades anticompetitivas.

Resulta interesante el reconocimiento “oficial” de la ineficiencia de las políticas proteccionistas (*...la experiencia mostró resultados negativos cuya importancia creció en el tiempo...*) que llevaron al Estado a controlar la economía directa en un *intento por contener las fuerzas monopólicas*. Se augura el total abandono del proteccionismo como un medio para asegurar una mejor distribución de los beneficios del avance logrado en materia económica, no sin antes señalar un nuevo mecanismo para la fijación de precios máximos a ciertos productos y servicios con base en criterios *que eviten desabasto*, proponiendo como motivación de esta aparente contradicción que el *funcionamiento de los mercados no siempre produce los mejores resultados*.

Entre los motivos que originan la abrogación de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios se señala la amplia discrecionalidad otorgada a las autoridades y la necesidad de actualizar las sanciones que contempla.

¹⁸Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica enviada por el Presidente de República, a los CC. Secretarios de La Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

La iniciativa continua con una serie de consideraciones económicas acertadas al respecto de los efectos del monopolio, las prácticas restrictivas y los efectos que se esperaba obtener con la nueva Ley. Resalta, entre estas consideraciones, que la Ley debe ser entendida en un contexto internacional por lo que en la evaluación de los posibles efectos de una práctica anticompetitiva (por lo que hace a la concentración de empresas) debe tomarse en cuenta el contexto de competencia en el mercado internacional en el que actúa una empresa determinada.

Destaca adicionalmente la manera en la que se resolvieron dos cuestiones, las cuales presentaron incertidumbre en México y un acalorado debate en otras partes del mundo:

a) La primera con relación a los efectos de la Ley, sobre los monopolios existentes y al respecto se señala en la iniciativa *...no busca evaluar fusiones y adquisiciones realizadas con anterioridad a la expedición de la Ley*. La intención de la reforma era dejar impune las importantes concentraciones en nuestra economía, sin evaluar la manera en que la posición de dominio haya sido alcanzada. Ello resulta especialmente contradictorio en virtud de que el monopolio "privado" ha estado prohibido en nuestro país desde 1917, por lo que el argumento de que regular estas concentraciones implicaría la aplicación retroactiva de un principio novedoso parece ser poco acorde con la realidad. Se trata aquí o de reconocer las enormes dificultades y costos de "desincorporar" a un conglomerado, de impedir que la Ley fuera mal acogida por el sector empresarial al imponer limitaciones de manera violenta, o simplemente de consideraciones políticas. Debe considerarse, sin embargo, que al estilo de la legislación, que existe en los países europeos, la nueva Ley contempla como "prácticas monopólicas relativas" una serie de prácticas que en resumidas cuentas constituyen el abuso de posición dominante en el mercado por algún competidor por lo que en todo caso, las prácticas abusivas realizadas por la gran empresa quedaron sujetas a las disposiciones de la Ley de Competencia a partir de que entró en vigor.

b) En cuanto a las empresas del sector público, la iniciativa señala de manera concreta que están sujetas al ordenamiento, así deberán abstenerse en sus actividades de *incurrir en prácticas anticompetitivas*. Estas empresas actúan como monopolios económicos en muchos casos (aunque no legales por disposición expresa del Artículo 28 Constitucional) lo que no obsta para que se sujeten a las disposiciones de la Ley de Competencia.

Precisamente por ser monopolios, debe cuidarse que no actúen de manera anticompetitiva. La Ley no sólo contiene una política anticompetitiva: el objeto de la Ley es proteger la competencia de manera integral. La imposición de precios de reventa, realización de ventas atadas, denegación de trato y otras prácticas de naturaleza similar quedan consecuentemente prohibidas en los mismos términos a los particulares y a las empresas paraestatales.

En los objetivos generales que señala la Ley: proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, podemos agregar las siguientes consideraciones previas que han sido señaladas por el licenciado Javier Aguilar Álvarez de Alba¹⁹ de trascendencia para el estudio a realizar en el capítulo cuarto:

a) La Ley no tiene objetivos distributivos, aunque la reducción del poder monopólico puede y generalmente tiene un impacto redistributivo positivo, pudiendo ser pensado como un efecto de la Ley, mas no como un fin.

b) Igualmente, la Ley no tiene como fin mejorar el bienestar del consumidor, aun cuando sea uno de sus efectos, ya que al reducir el poder monopólico de las empresas contribuye a la calidad del abasto de productos a la vez que reduce su precio.

El propósito de la Ley no es proteger a los consumidores en particular, sino al proceso competitivo y a la eficiencia, ya que en dicho proceso compiten las empresas entre sí, lo que trae como resultado menores costos, productos mejores y nuevos, así como precios inferiores, en resúmen, mayor eficiencia económica.

3) Fundamento Constitucional

La Ley de Competencia es reglamentaria del Artículo 28 Constitucional que prohíbe tanto los monopolios como las prácticas monopólicas y restringe la posibilidad del Estado de crear estancos, otorgar excensiones de impuestos e imponer prohibiciones a título de protección a la industria. El segundo párrafo del Artículo 28 impone al Estado, como consecuencia, la obligación de *castigar severamente, y ... perseguir con eficacia* toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de

¹⁹ Aguilar Alvarez de Alba, Javier, Op. Cit., Supra (6), pag.22

artículos de consumo necesario que tenga por objeto el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento, o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios que lleven a cabo de cualquier manera 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 en favor de una o varias personas determinadas con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La redacción del Artículo 28 permite afirmar que la enumeración contenida en el segundo párrafo es simplemente ejemplificativa ya que el núcleo de la disposición está constituido por la prohibición al monopolio y las prácticas monopólicas contenidas en el párrafo primero.

Por tratarse de una disposición que reglamenta directamente un precepto constitucional, algunos doctrinarios la calificarían como una *Ley constitucional*²⁰ diferenciándola de las leyes federales ordinarias. Así lo expresan autores como Mario de la Cueva y Jorge Carpizo: *es la constitución misma que se amplía, que se ramifica, que crece.*

El término “monopolio” tiene un significado unívoco desde el punto de vista económico. Se puede calificar con ese término a cualquier fenómeno que se presente en un mercado determinado cuando un solo agente económico o un grupo de agentes económicos quienes actúan de manera conjunta controlan la totalidad de la oferta o la demanda de un bien o servicio determinado. La posibilidad del competidor monopolista de explotar su situación en el mercado dependerá por lo general de la existencia de productos sucedáneos o sustitutos y de la existencia de barreras naturales o artificiales al exceso. El monopolio auténtico es en general una ocurrencia poco frecuente pues controlar la totalidad de la oferta o la demanda resulta prácticamente imposible. En todo caso, la posibilidad de obtener un beneficio monopólico debe constituir un aliciente significativo para otros posibles oferentes; el auténtico monopolio no Estatal debe ser una situación temporal.

El término “prácticas monopólicas” es mucho mas amplio. En otros países se ha interpretado este término u otros semejantes como cualquier actividad que tienda al monopolio o a asegurar a quienes la practiquen

²⁰ Carpizo, Jorge, “Estudios Constitucionales”, en *La Gran Enciclopedia Mexicana*, UNAM, D.F., México, 1964, pág.28.

beneficios superiores a los que obtendrían en condiciones de competencia perfecta. Aún en condiciones de competencia perfecta el “costo” de un producto determinado incluye desde el punto de vista económico una ganancia razonable para el productor o distribuidor de un bien determinado. Esta situación fue confirmada por la jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia, antes de 1983, año en que se incorporara el concepto de “prácticas monopólicas” en la Constitución, al resolver el caso de Martín Urrutia Ezcurra (Vizcarraga Gabino, pag. 3477, Tomo XL, 16 de abril de 1943) que a la letra dice:

El Artículo 28 Constitucional, aún cuando comienza por establecer en términos concretos, la prohibición de que en la República existan monopolios, no se ocupa exclusivamente de éstos en el sentido estricto de la palabra, esto es, entendiendo como monopolio la concentración en una persona o corporación de determinada rama del comercio o de la industria, sino que teniendo en cuenta que la mayor parte de los economistas juzga que hay monopolios no solamente en esos casos de concentración individual, sino en muchas actividades económicas en las que si bien no falte en absoluto la concurrencia, ésta sólo puede existir de una manera limitada, en perjuicio del bien general, dicta prevenciones encaminadas a combatir estos actos de monopolio parcial.

La Corte confirmó este criterio en múltiples tesis; puede afirmarse que el principio ha quedado sólidamente incorporado en nuestra tradición Constitucional. Nuestra Constitución da libertad al legislativo para señalar el contenido y alcance de lo que debe considerarse como una práctica monopólica. La Ley de Competencia señala en el capítulo segundo las prácticas que habrán de recibir este tratamiento.

4) Contenido de la Ley Federal de Competencia Económica

A) Disposiciones Generales

La Ley contempla una política centrada exclusivamente en la competencia y la eficiencia económica. En sí misma no tiene objetivos distributivos ni de protección indiscriminada a determinadas empresas, aunque

en párrafos anteriores ya hemos afirmado que su aplicación vigorosa debe tener un efecto distributivo. En el largo plazo, el proceso constante y permanente de competencia entre las empresas traerá como resultado menores costos, productos mejores y nuevos, y servicios y de manera general una industria más sana y eficiente. Se evita tratar en nuestra nueva legislación todo tema ajeno a la competencia, reconociendo por primera vez que los problemas de injusticia en la distribución de la riqueza, protección al consumidor, inflación, protección a la pequeña y mediana empresa y otros de esta naturaleza son mejor atendidos por medidas de política económica y legislación distintas. El objeto de la Ley de Competencia es precisamente protegerla y fomentarla. El texto del artículo segundo de la Ley hace eco de lo anterior al señalar expresamente *...tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopolicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados...*

Por otro lado, conviene destacar que el proceso de competencia y libre concurrencia se puede ver limitado por varios factores, incluso por el Estado. Para ejemplificar esta afirmación, mencionaremos algunos argumentos con base en la exposición de María Consuelo Gacharná:

*Las limitaciones a la competencia pueden ser de origen legal o simplemente convencionales. Las limitaciones de origen legal encuentran su justificación en un interés del Estado y pueden llegar a establecer un monopolio, o bien, otorgar concesiones.*²¹

Algunos doctrinarios consideran que el único que puede garantizar la libre competencia o incluso influir para que se presente una práctica monopólica es el Estado. En esta corriente encontramos a Jorge Witker quien señala: *Generalmente, la acción antimonopólica corresponde al Estado, quien mediante su facultad de imperium controla y regula las prácticas restrictivas que se presentan en contra de la libertad de contratación de los particulares.*²²

²¹ Gacharná, María Consuelo, citada por Jorge Witker, "Prácticas desleales y prácticas restrictivas" en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, D.F., México, 1994, pág. 143

²² Witker, Jorge "Prácticas desleales y prácticas restrictivas" en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, D.F., México, 1994, pág. 143.

B) Prácticas prohibidas

La Ley prohíbe de manera general los monopolios o estancos en el artículo octavo, así como las prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia. Se distinguen dos grandes tipos de prácticas anticompetitivas y se propone tipificarlas como absolutas y relativas.

a) Prácticas monopólicas absolutas

Las prácticas absolutas son conocidas comúnmente como prácticas horizontales: carteles, fijación de precios, asignación de clientes, establecimiento de esferas exclusivas de influencia y manipulación de licitaciones públicas.

b) Prácticas monopólicas relativas

Las prácticas relativas son conocidas frecuentemente como prácticas verticales, ya sean unilaterales o colusivas, por ser aplicadas entre etapas contiguas de un proceso productivo y estar acompañadas de alguna actividad auxiliar del mismo.

Las prácticas monopólicas absolutas coinciden de manera general con las denominadas prácticas ilegales *per se* en la jurisprudencia norteamericana, así como una de las prácticas en contra de las cuales existe una fuerte presunción de ilegalidad en el tratado de Roma. El legislador mexicano utilizó la experiencia de otros países que demuestra que este tipo de prácticas son casi siempre nocivas y sus efectos procompetitivos son inexistentes o de tan poca importancia que la limitación a la competencia que generan no está justificada.

A diferencia de Estados Unidos con su sistema abierto de jurisprudencia que permitiría la aceptación de una de estas prácticas cuando resultara justificada (no obstante el peso de la cantidad de precedentes que afirman categóricamente su rechazo) o del sistema adoptado en España y la Comunidad Económica Europea en los cuales las prácticas se permiten expresamente siempre y cuando se logre la autorización correspondiente (poco frecuente en la práctica), el legislador mexicano optó por cerrar definitivamente la puerta a este tipo de conductas, sin importar sus efectos y ni

las condiciones económicas en que se presenten.

No hay excepción (tales como los carteles de emergencia contemplados en la legislación alemana, española y japonesa) que valga. A este respecto el licenciado Aguilar Álvarez de Alba, comparte esta opinión al puntualizar:

La Ley no propone ninguna excepción para carteles de depresión, ecológicos, sanitarios y otras versiones que en el pasado se propusieron en otros países para exentar carteles. El texto Constitucional no reconoce tales situaciones de excepción. Además, tanto la experiencia como la teoría económica sugieren que es preferible resolver los problemas de desempeño, salud o ecología mediante políticas dirigidas expresamente a resolver el problema y no a elevar la rentabilidad de organizaciones relacionadas, pues además de la pérdida de eficiencia, nada garantiza que el monopolista utilizará sus utilidades para atacar el problema. Incluir excepciones implicaría el riesgo de la aplicación discrecional y la politización de la ley.²³

La ausencia de posibles justificaciones o excepciones a prácticas de esta naturaleza se justifica plenamente en virtud de que:

1) El texto constitucional no prevé excepciones al principio general de prohibición. Hacerlo implicaría ir por encima del texto constitucional. Este mismo argumento justifica el régimen tolerante contemplado para las prácticas verticales o relativas pues, en suma, se autorizan cuando no tienden al monopolio.

2) Es difícil pensar, desde el punto económico, en motivaciones para incurrir en este tipo de prácticas sin tener objetivos monopólicos. Los gastos del Estado para determinar los posibles efectos de este tipo de prácticas son consecuentemente injustificadas.

²³ Aguilar Álvarez de Alba, Javier, Op. Cit., Supra (6) pág. 23

3) La Ley reconoce la experiencia internacional que demuestra las desventajas de prácticas de esta naturaleza.

4) La Ley es acorde con la historia legislativa a nivel internacional en materia de protección a la competencia. En la mayor parte de los países, este tipo de ordenamientos contienen preceptos en su origen que señalan prohibiciones absolutas ya que su aplicación es barata, sencilla y expedita pues no amerita una compleja investigación y evaluación económica. Sin funcionarios con experiencia en la evaluación económica y jurídica de prácticas de esta naturaleza, la existencia de prohibiciones absolutas se hace necesaria. Al menos en su origen, este tipo de evaluaciones resulta muy difícil por lo que los esfuerzos de las autoridades se pueden limitar a perseguir las violaciones más flagrantes, evidentes y dañinas. Esto serviría de experiencia tanto para las autoridades como para los particulares.

5) Estos preceptos envían un mensaje claro a las personas a quienes está dirigida la prohibición además de plantear un cierto grado de seguridad jurídica para los agentes económicos.

6) La historia de la administración pública en nuestro país ha mostrado claramente el mal uso que suele darse a las facultades de tipo discrecional. La falta de preparación de los funcionarios, corrupción e influencia política han desvirtuado la intención de muchos ordenamientos en los cuales se pensó que un grado adecuado de "flexibilidad" resultaría favorable. La discreción administrativa debe limitarse a casos absolutamente necesarios.

7) La permanencia de prácticas de tipo absoluto se dificulta cuando los involucrados no tienen acceso a información o cuando las prácticas están prohibidas, pues no se asegura el cumplimiento de los competidores que no honren los términos del acuerdo. La desconfianza en el cumplimiento de la contraparte y el deseo natural de obtener beneficios adicionales suele ser suficiente para hacer insostenible este tipo de relaciones.

A diferencia de las prácticas horizontales, la Ley de Competencia reconoce los posibles efectos positivos de las prácticas verticales y dispone que serán consideradas como monopólicas sólo cuando sus efectos sean efectivamente anticompetitivos. Adoptar una política de prohibición absoluta en relación con las prácticas verticales impediría a los agentes económicos comerciar con eficacia; el resultado de la prohibición sería en todo caso anticompetitivo.

Para tipificar la existencia de una práctica monopólica relativa es necesario demostrar que el agente económico tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante.

El mercado tiene tres dimensiones principales: las características del producto, la extensión geográfica y el tiempo en que puede ser abastecido desde otras regiones. La Ley establece una definición de mercado relevante amplia en estas tres dimensiones para comprender actos realizados por un agente económico quien puede elevar el precio sobre el costo marginal (costo más ganancia razonable) sin que se genere concurrencia proveniente de otras áreas geográficas, posibilidad de sustitución por otros productos u oferta adicional en el corto plazo, de manera de obligar al precio a regresar a su nivel original, generando el uso de la práctica con el fin de obtener ganancias extracompetitivas permanentes. Se requiere evaluar la permanencia de la ventaja extraordinaria, pues no existe una verdadera posición de dominio cuando al intentar imponer condiciones determinadas al comercio surgen competidores nuevos en el corto plazo, quienes hacen insostenible las exigencias del supuesto competidor monopólico.

La Ley de Competencia señala como elementos en la evaluación del mercado relevante la posibilidad de sustitución de los bienes en cuestión por otros, nacionales o extranjeros, y el tiempo necesario para tal sustitución; los costos de distribución; los costos y posibilidades con que cuentan los consumidores para acudir a otro mercado y las restricciones normativas al acceso. En la evaluación de la existencia de poder sustancial debe considerarse la participación del agente en el mercado; la existencia de barreras al acceso (naturales o artificiales); la existencia y poder de los competidores; las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumo; su comportamiento reciente; y los criterios que establece el reglamento.

Una vez comprobada la existencia de poder relevante, la realización de las prácticas que se enumeran a continuación tipificará una infracción. Debe considerarse, que a diferencia de otras legislaciones, nuestra legislación omite cualquier consideración al respecto de la bondad o efectos negativos de estas prácticas. Algunas de ellas bien pueden generar efectos procompetitivos o beneficios para los consumidores aún cuando sean realizadas por un competidor con "poder sustancial". Su sola existencia no constituye en términos económicos un abuso, pero el concepto de "abuso de posición dominante" es distinto al contemplado en otros países (como España o Japón) en los cuales la calificación de ilegalidad de este tipo de conductas requiere, una vez que se ha demostrado que existe poder sustancial sobre el mercado relevante, de una calificación valorativa adicional en el sentido de que la aceptación generada a la competencia es "injustificada".

Esta política simplista bien puede prevenir prácticas benéficas. Quizá algunas de las consideraciones en relación con las prácticas monopólicas absolutas impulsaron al legislador a adoptar una política tan restrictiva.

A este respecto el criterio adoptado es positivo en el corto plazo, pero en el largo plazo deberán ir haciéndose los ajustes legislativos que resulten necesarios para castigar sólo a quienes realicen prácticas abusivas, es decir, prácticas que no se justifiquen a la luz de los beneficios generados. El momento para realizar el cambio será determinado en gran medida por la capacidad y entendimiento de la economía y la legislación que logren realizar nuestras autoridades y por la actitud que nuestros empresarios adopten en torno a la Ley.

Por ahora, debe considerarse que la legislación nos pone de inmediato en desventaja en relación con los empresarios de la mayoría de los países industrializados en los cuales el apoyo mutuo entre empresarios se permite siempre que no resulte abusivo para los competidores y consumidores de sus respectivos mercados.

A continuación procederemos a analizar el artículo 10 de la Ley de Competencia y en el que se establecen los supuestos de las prácticas monopólicas relativas.

El artículo en estudio define las prácticas monopólicas relativas como:

actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas en los siguientes casos

1) División vertical de mercados

En la fracción primera del artículo décimo de la Ley de Competencia se establece la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios por razón del sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados cuando se realice entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, constituye una práctica monopólica relativa. La prohibición abarca la 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. El ejemplo más frecuente es la división de mercados realizada por un productor para evitar la frecuencia entre sus distribuidores (debe considerarse que aunque los distribuidores son competidores entre sí, el productor y cada uno de sus distribuidores no son competidores). Dentro de este supuesto cae la mayoría de los contratos de franquicia (para que exista una infracción el franquiciante debe tener poder sustancial sobre el mercado relevante).

2) Mantenimiento de precios de venta o de otras condiciones de reventa

Un claro ejemplo de estas restricciones se encuentra en la obligación de vender productos "al precio de lista". Las revistas y medicinas suelen tener impreso el "precio al público". Los propietarios de marcas o patentes suelen exigir que sus productos se vendan a un precio determinado para garantizar que el público los considere como exclusivos. Las prácticas de esta naturaleza son consideradas como ilegales per se en otros países por considerar que limitan o anulan la competencia entre los distribuidores de un producto determinado.

3) Arreglos de ventas por compromiso o reciprocidad (ventas

atadas)

Las ventas atadas son muy frecuentes y sus efectos no suelen ser anticompetitivos. Incluso en la iniciativa a la Ley de Competencia se estableció que estas prácticas son procompetitivas al reducir los costos y por lo tanto permitir el ofrecimiento de mejores productos o menores precios. En nuestra opinión su resultado sería dañino si los productos o servicios no se pueden obtener por separado y si existe realmente poder sustancial en el mercado relevante.

4) Convenios de exclusividad

Este tipo de convenios tiene como propósito crear barreras artificiales al acceso de competidores al mercado limitando a los agentes económicos y consumidores sus posibilidades de abasto (no vender o distribuir bienes distintos de los producidos por un agente económico determinado). Su existencia en mercados muy competidos o en el caso de pequeños competidores es en ocasiones muy necesaria para preservar el proceso competitivo e incentivar la actividad económica. En mercados monopolizados, este tipo de convenios acabarían con la competencia al negar el acceso de manera definitiva a cualquier tipo de competidor.

5) Negación de comerciar (denegación de trato)

En una economía pequeña y altamente concentrada como la mexicana, una empresa monopólica puede rehusarse a abastecer a algún cliente que no ha adoptado un comportamiento acorde con su política de precios, especialmente cuando el mismo representa una amenaza de crecimiento potencial o de desarrollo de fuentes alternas de abasto. Esta situación está tipificada por la fracción V del artículo décimo de la Ley de Competencia. Cuando el agente no ha alcanzado poder sustancial en un mercado determinado sus efectos no irían más allá que la pérdida de un cliente o distribuidor. En mercados concentrados, el resultado puede ser arruinar a ciertos distribuidores al tiempo de asegurar el sostenimiento de la posición monopólica que disfruta quien pretende realizar una práctica de esta naturaleza.

6) Boicot

El boicot consiste en un acuerdo entre agentes económicos para ejercer

presión en contra de un cliente o proveedor con el propósito de obligarlo a observar una conducta determinada. Es difícil pensar en situaciones en las cuales una práctica de esta naturaleza pueda generar beneficios pero, debido a la estructura de nuestra Ley, es legal hasta que se practique por un competidor con poder sustancial en un mercado determinado.

7) Otras

En la Ley de Competencia se incluyó una disposición que generaliza varias situaciones y con la que se pretende sancionar *todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia*. Con esta inclusión se pretende extender una gran posibilidad de actuación en favor de las autoridades administrativas, evitando que cualquier práctica restrictiva quede impune. Este tipo de disposiciones no tienen cabida en un sistema jurídico de Derecho como el nuestro y menos tratándose de disposiciones que imponen limitaciones a la actividad de los gobernados y además imponen sanciones muy elevadas a los infractores. Si bien, la Ley no contempla sanciones penales y para casos de esta naturaleza, no resulta aplicable la garantía constitucional de exacta aplicación de la Ley (por referirse exclusivamente a juicios del orden criminal), la aplicación de sanciones con fundamento exclusivo en este precepto resulta de dudosa constitucionalidad y aún en caso contrario, su efecto es el de promover arbitrariedades e impedir el alto nivel de seguridad jurídica que resulta deseable en el comercio y la industria.

Un considerable número de prácticas potencialmente benéficas pueden ser indebidamente limitadas en la práctica por temor a la aplicación de una cuantiosa sanción, cuando a juicio de un funcionario la práctica afecte la competencia de manera "indebida". La pretendida copia del sistema abierto vigente en Estados Unidos parece olvidar que en ese sistema la velocidad con que se generan precedentes conduce a la obligatoriedad de las autoridades de manera general, y brinda un grado de certeza muy elevado a la actividad económica; cualquier especialista sabe bien qué se puede y qué no se puede realizar. En un sistema jurídico como el nuestro, la adopción de medidas semejantes a las contenidas en la disposición vigente en España (cuyo sistema si es razonablemente parecido al nuestro), habría sido mucho más recomendable. Esta legislación enumera exhaustivamente las prácticas prohibidas, logrando evitar arbitrariedades, asegurar la constitucionalidad y la legitimidad de la actuación de sus órganos administrativos y, sobre todo, dar

seguridad a los agentes económicos en el trato con sus competidores y clientes.

c) Concentraciones

Como en la mayor parte de las legislaciones modernas en esta materia, el legislador adoptó una política preventiva. De igual manera, se establece una serie de parámetros y situaciones en las cuales una fusión debe ser objeto de regulación.

Estas operaciones constituyen la excepción: por lo general las operaciones de fusión no son objeto de las disposiciones en materia de protección a la competencia.

El término “concentración por fusión” incluye operaciones de cualquier naturaleza por las que se adquiera el control de las actividades de un competidor, proveedor, cliente u otro agente económico. Las autoridades sancionarán aquellas operaciones cuyo efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. En este caso, la Ley se aparta de consideraciones absolutamente objetivas como las mencionadas en relación con las prácticas monopólicas, dejando a criterio de las autoridades lo que habrá de entenderse por *disminuir, dañar o impedir la competencia*.

La Ley pretende alejarse de consideraciones rígidas o evaluaciones basadas exclusivamente en índices de concentración u otras medidas estructurales como ocurre en algunas grandes economías industrializadas y como afirman los autores de Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica (documento elaborado como material de apoyo para la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica):

para una economía relativamente pequeña como la mexicana, el caso general es que la oferta proveniente de las importaciones es un elemento crucial para determinar la competitividad de la producción nacional. La discrecionalidad otorgada por lo que corresponde a las autoridades se funda en el hecho de que para la economía mexicana, la oferta proveniente de las importaciones es un elemento crucial para determinar la competitividad de la producción nacional. En consecuencia, los índices de

*concentración medidos a nivel nacional pueden dar una visión sesgada de la realidad económica.*²⁴

Para determinar si una operación resulta objetable, la Ley señala (a diferencia de la disposición general en materia de prácticas relativas) una serie de criterios concretos que habrán de ser considerados en la evaluación correspondiente. Las disposiciones relevantes obligan a las autoridades a realizar una evaluación económica de los efectos de la conducta con el propósito de determinar si la operación propuesta conferirá al fusionante o adquirente la posibilidad de fijar los precios de manera unilateral o restringir el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que otros agentes económicos puedan contrarrestar su actividad (ambas situaciones imposibles en mercados competidos); o si la operación tiene por objeto desplazar indebidamente a otros agentes, restringir el acceso al mercado o facilitar a los participantes el ejercicio de prácticas monopólicas.

En la determinación, se habrá de considerar las características del mercado relevante y de los demás agentes económicos que participan en él, el grado de concentración del mercado, el poder económico de que dispondrá la fusionante o adquirente y los demás criterios que señale el reglamento de la Ley.

Al igual que en otros países, se impone la obligación a los participantes en fusiones de gran importancia de dar aviso previo a las autoridades y de observar un periodo de espera de 45 días (y sesenta adicionales en casos extraordinarios) antes de consumar la operación. El registro de la operación en el Registro Público de Comercio correspondiente se sujeta a la obtención de dicha autorización. Este procedimiento de notificación será objeto de estudio y análisis detallado en el capítulo siguiente.

Son objeto de prenotificación las operaciones que importan montos superiores a 12 millones de veces el salario mínimo (aproximadamente 370 millones de pesos); la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de agentes económicos que tengan activos o ventas en exceso de dicha cantidad; transacciones en las cuales participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de

²⁴ Castañeda Gabriel, Levy Santiago, Martínez Gabriel y Gustavo Merino, Op. Cit., Supra (16). pág. 14.

4.8 millones de veces el salario mínimo e implique acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo. Como en la legislación norteamericana, es notoria la ausencia de consideraciones basadas en el porcentaje del mercado controlado por los agentes, aun tratándose de prenotificaciones. Los montos señalados, en comparación con los vigentes en otros países, parecen ser demasiado elevados.

La notificación debe ir acompañada de los estados financieros de cada una de las sociedades involucradas y de información detallada de los pormenores de la operación, sin perjuicio de que la Comisión solicite en cada caso la información que considere pertinente.

La Ley contempla el principio de afirmativa ficta para las operaciones notificadas si transcurrido el plazo mencionado las autoridades competentes no se han opuesto a la consumación de la operación. Los plazos de 45 y 60 días de que dispone la autoridad para oponerse a las transacciones parecen ser demasiado breves sin embargo son semejantes a los contemplados por otras legislaciones.

Al detectar la existencia de una operación indebida, las autoridades están facultadas para sujetar la realización del acto a condición de particulares u ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control unitario o la supresión de los actos, según corresponda.

Las operaciones que se hayan consumado después de haber obtenido una resolución favorable o las que no hayan sido impugnadas después de transcurrido un año, tratándose de operaciones que no requieran ser notificadas, no pueden ser impugnadas.

Antes de concluir el estudio correspondiente a la Ley de Competencia quisiéramos resaltar como uno de los principales aciertos de la Ley, la distinción que realiza entre competencia y concurrencia, dado que en los libros que tratan el tema se lee simplemente competencia perfecta, al referirse al tipo de mercado descrito.

Una de las acepciones de la palabra competir es: *igualar una cosa a otra análoga en la perfección y en las propiedades*. Hablar de competencia es

referirse a una situación en la que se encuentran dos o más agentes económicos que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios diferentes, la misma necesidad y que se encuentran en una situación de conflicto de interés frente a la clientela o consumidor.

Compiten pues, las mercancías respecto de las cualidades y la competencia perfecta significa que tales cualidades son las mismas; esto es, que el mercado goza de la propiedad de homogeneidad de la mercancía y, en consecuencia, se rige por el principio de indiferencia. Tales mercados reciben el nombre de perfectos.

Existen condiciones de competencia cuando en un mercado determinado hay un número considerable de oferentes de un mismo bien o servicio, y siempre y cuando éstos no se pongan de acuerdo en el precio de los bienes o servicios, ni en la cantidad ofrecida.

La falta de competencia se traduce en una reducción de incentivos para que los agentes económicos sean más eficientes dentro del mercado. La competencia entre agentes económicos regula con eficacia el comportamiento de cada uno de ellos y proporciona incentivos razonablemente buenos para la eficacia interna. Sin embargo, el mecanismo de la competencia no siempre es confiable ya que, bajo ese esquema, un agente económico puede tener una participación tan importante en el mercado que obligue al resto de sus competidores a observar determinadas conductas en perjuicio de los consumidores. Sólo la entrada y/o el crecimiento de agentes competidores o, en muchos casos, por lo menos su amenaza, puede imponer condiciones competitivas a los agentes económicos existentes.

Por su parte, la concurrencia en un mercado se refiere siempre al elemento personal, a los sujetos que forman parte de aquél. Es libre la concurrencia cuando los agentes no sólo son numerosos, sino que existe la posibilidad de que ingresen quienes lo deseen. La libre concurrencia constituye un principio de libertad, y existe cuando el ordenamiento jurídico reconoce que cualquier sujeto puede iniciar cualquier actividad. En otras palabras, a través de la libre concurrencia el Derecho garantiza la entrada de nuevos agentes económicos a un mercado determinado de bienes o servicios. Resultado de ello es que éstos son independientes entre sí y no pueden formarse confabulaciones, por lo cual la única intervención posible de cada uno es realizar o suspender sus

compras o ventas, cuyo efecto es despreciable por su pequeña importancia respecto de la totalidad de la operación, siendo causa de que rija en el mercado el principio de la independencia del precio.

En atención a la concurrencia de un mercado, al número de agentes que acudan a él, tanto del lado de la oferta como de la demanda, se forman los distintos tipos de mercado. Además, un mercado de competencia perfecta deberá gozar del principio de autonomía, en virtud del cual rige el principio de libertad de cambio, denominándose mercado libre.

Cabe señalar, que se consideran contrarios a la libre entrada de competidores, aquellas barreras establecidas sin ninguna justificación de eficiencia y que deliberadamente aumenten los costos para estar en posibilidades de acceder al mercado, o bien que obliguen a salir de él a los agentes existentes.

5) Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica

El Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica²⁵ se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de marzo de 1998 para entrar en vigor al día siguiente de su publicación, con excepción del artículo segundo vigente a los seis meses contados a partir de la entrada en vigor del Reglamento.

La Ley Federal de Competencia Económica se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992, con una *vacatio legis* de 180 días, debido a que entró en vigor el 23 de junio de 1993. Esta Ley de Competencia estuvo vigente por un lapso de casi 5 años sin estar reglamentada por el ordenamiento en estudio referido en esta parte de la exposición.

Durante este periodo la necesidad de un ordenamiento que regulara aquellas situaciones específicas que habían sido delegadas por la Ley de Competencia a su ordenamiento reglamentario era evidente. Con la entrada en vigor del nuevo Reglamento se pretende establecer un instrumento que ofrezca claridad en la aplicación de las figuras de Competencia Económica otorgando mayor seguridad jurídica.

²⁵ Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de marzo de 1998, para entrar en vigor al día siguiente de su publicación

En opinión de Luis A. Prado Robles y León Ricardo Elizondo Castro²⁶ el Reglamento de la Ley de Competencia pretende aclarar la aplicación de la Ley, así como evitar la discrecionalidad de la autoridad y destacan tres puntos esenciales como base para la elaboración del Reglamento:

1º Se han aclarado diversos conceptos y criterios que facilitarán la aplicación de la Ley de Competencia, con base en la experiencia de cuatro años de actividades de la Comisión y con la opinión de jueces, abogados y académicos.

2º Se ha buscado la transparencia en la actuación de la Comisión frente a los particulares, así como ventilar todos los asuntos de forma pronta y expedita, con plazos breves para resolver las peticiones de los particulares.

3º Se han tomado en cuenta los diversos criterios utilizados a nivel internacional en esta materia.

Lo más relevante y novedoso en cuanto al contenido de este Reglamento consiste en lo siguiente:

Se ha dividido en siete capítulos a saber:

- Capítulo I Disposiciones generales
- Capítulo II De las prácticas monopólicas
- Capítulo III De las reglas generales para el análisis del mercado relevante y poder sustancial
- Capítulo IV De las concentraciones
- Capítulo V Del procedimiento
 - Sección primera
Del inicio de la investigación
 - Sección segunda
Del emplazamiento
 - Sección tercera
De la notificaciones

²⁶ Prado Robles, Luis A. y León Ricardo Elizondo Castro, "Estudios sobre Competencia Económica- Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica" en *Informe de Competencia Económica-1997*, Comisión Federal de Competencia, México, Distrito Federal, Junio de 1998, pág.93.

Capítulo VI De las consultas y opiniones
Capítulo VII Del recurso de reconsideración

El Reglamento regula figuras que únicamente fueron expresadas de manera general por la Ley de Competencia y con este ordenamiento se pretende otorgar mayor seguridad jurídica.

En este marco tiene gran relevancia el capítulo segundo Prácticas monopólicas en el que se pretende dar mayor claridad a los supuestos de prácticas monopólicas absolutas y relativas; que en opinión de Prado Robles y Elizondo Castro, la finalidad de regular estas figuras no es ampliar los tipos de conducta, sino precisarlos. En ninguno de los preceptos se encontrará una limitación de supuestos ya que se ha considerado, con base en la experiencia, que la realidad económica y las diversas formas de asociaciones de agentes económicos no pueden ni deben acotarse.²⁷

Asimismo, en lo referente a prácticas monopólicas absolutas se plantea en este capítulo en forma de presunciones *juris tantum*, ciertos indicios para comprobar que los competidores han concentrado precios.

Por lo que se refiere a las prácticas monopólicas relativas se mencionan de manera enunciativa, mas no limitativa. Se toman en consideración las prácticas más frecuentes como los subsidios cruzados, la depredación de precios, la discriminación de trato entre los agentes económicos ubicados en igualdad de condiciones, así como las conductas para incrementar los costos de los competidores.

En el capítulo tercero, Reglas generales para el análisis del mercado relevante y del poder sustancial se determina el procedimiento para determinar el mercado relevante, asimismo se establecen los elementos que deben considerarse para la determinación del poder sustancial que puede alcanzar un agente económico en el mercado relevante que se analice.

Prado Robles y Elizondo Castro²⁸ comentan que con estas innovaciones para el análisis del mercado relevante y del poder sustancial se pretende que los agentes económicos involucrados en las prácticas monopólicas y concentraciones conozcan las bases de sustento para las

²⁷ Prado Robles, Luis A. y Elizondo Castro León Ricardo, Op. Cit., Supra (26).

²⁸ Ibidem.

evaluaciones que realiza esta Comisión y que ellos mismos delimiten estos aspectos cuando notifiquen las concentraciones o, en su caso, al presentar una denuncia o refutación de los argumentos en contra.

En el capítulo cuarto, Concentraciones, se condiciona la notificación que se debe realizar, a que se lleve a cabo con anterioridad a que se presenten determinados supuestos regulados en el mismo reglamento. Además se define de manera detallada, los elementos y requisitos que deben contener las notificaciones de las concentraciones. Asimismo, se amplían las facultades de la Comisión para que en su esfera jurídica pueda condicionar las concentraciones cuando de la investigación resulte que tenga por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia. Entre otras condiciones se establece abstenerse de realizar una determinada conducta; enajenar a terceros determinadas acciones, derechos o partes sociales, o bien eliminar una determinada línea de producción. Estas facultades, innovación del Reglamento, serán objeto de estudio detallado en otro capítulo cuando se analicen las facultades de la Comisión en materia de concentraciones de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica.

El Reglamento incluye un capítulo que regula el procedimiento ante la Comisión Federal de Competencia, el cual incluye normas relativas al inicio de la investigación, al emplazamiento y las notificaciones

En otro de los capítulos se determinan algunas reglas para el planteamiento de consultas y opiniones ante la Comisión y el último capítulo regula el recurso de reconsideración estableciendo los supuestos de procedencia.

Por otro lado, en el artículo primero se especifica la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles al mencionar *en lo no previsto por la Ley ni en este Reglamento, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles*.

Esta parte del trabajo trata de explicar a grandes rasgos el contenido del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, esperando que el Reglamento sea un instrumento que otorgue certeza y seguridad jurídica, cumpliendo así con su fin de reglamentar la Ley de la cual se deriva.

En el *Informe de competencia económica* correspondiente al año de 1997, se plantea que el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica otorgará transparencia a las actividades que realiza la Comisión y será un instrumento útil para la autoridad y los particulares, con la finalidad de lograr el desarrollo y fortalecimiento en materia de competencia y libre concurrencia en nuestro país.²⁹

²⁹ *Ibidem*

III. NOCIONES GENERALES EN TORNO A LAS CONCENTRACIONES

1) Conceptos jurídico-económicos de concentraciones

El aprovechamiento de las economías de escala y la tendencia a la acumulación de capital confluyen en una tendencia constante hacia unidades de producción de mayor dimensión que se benefician generalmente de una reducción unitaria de los costos fijos (costo fijo medio), aunque su volumen absoluto sea creciente. Esta producción en gran escala exige el acceso a *mercados de mayor dimensión*. Por otro lado, favorece la tendencia al monopolio, pues el aumento de su tamaño implica la reducción del número de empresas que pueden estar presentes en un mercado a mediano plazo. Asimismo, la reducción del número de empresas facilita a su vez la tendencia al monopolio pues resulta más factible el pacto entre ellas. Además, el poder de presión sobre el gobierno aumenta aisladamente o asociadas, el cual tiende a convertirse cada vez más en protector directo de los intereses de estas concentraciones económicas.

La concentración de empresas es un fenómeno característico de la realidad económica empresarial, de aparición relativamente reciente, que se manifiesta vinculado con el problema del crecimiento y determinación de la dimensión más eficaz para la empresa.

Por otro lado, la concentración de empresas es un término empleado como sinónimo de otras expresiones indicativas de la tendencia a la colaboración interempresarial, por ejemplo: fusiones, integraciones, agrupaciones, absorciones, uniones, etc. Su alcance es mayor y su análisis permite distinguir con relativa facilidad realidades económicas de naturaleza distinta.

Desde un punto de vista económico, existe concentración de empresas cuando dos o más unidades de producción deciden integrar la totalidad o parte de sus activos, con carácter permanente y en una misma dirección funcional, con el fin de racionalizar sus estructuras productivas.

En el ámbito económico, se encuentran diferentes fenómenos que

conviene señalar antes de pasar al campo jurídico.

En las concentraciones económicas y financieras el objetivo es la racionalización de estructuras productivas, *admitiendo otras modalidades de cooperación pactada con la finalidad expresa de restringir la competencia y llegar al dominio del mercado.* Tales manifestaciones son más conocidas con la denominación común de trusts, holdings y cárteles de empresas.³⁰

2) Diversas clasificaciones de concentraciones

A) Con base en la naturaleza de las producciones y servicios de las empresas participantes.

Conforme con esta clasificación la concentración puede ser horizontal, vertical y mixta.

a) Concentración horizontal.- Lleva consigo la agrupación de empresas fabricantes o prestadoras de un mismo producto o servicio de características similares.

b) Concentración vertical.- Reúne o agrupa a empresas fabricantes o prestadoras de productos o servicios complementarios o encuadrados en ramas de actividad complementarias para los efectos productivos.

c) Concentración mixta.- Incluye características particulares de las dos anteriores.

B) En atención a la intensidad o grado de concentración.

De acuerdo con esta clasificación las empresas pueden constituirse de la siguiente manera:

a) Integración o concentración máxima.- Lleva consigo la pérdida de personalidad jurídica y puede revestir las formas de absorción y de fusión.

³⁰ "Concentración de empresas" en *Diccionario Enciclopédico Económico Planeta*, Ed. Planeta, Barcelona, España, 1980. pags 429-432.

b) Asociación o concentración limitada.- No supone la pérdida de personalidad jurídica para las empresas asociadas (sociedades de empresas, uniones temporales de empresas y cesión de unidades de obra o subcontratación).

c) Agrupación o concentración parcial.- Acuerdos tácitos interempresariales con la finalidad de resolver determinados servicios comunes que afectan los intereses particulares de cada uno y sirven de base para el establecimiento de fórmulas más estrechas de colaboración (asociaciones para la investigación y agrupaciones de comercio exterior).³¹

Para realizar un análisis correcto de la concentración en estudio, se requiere distinguir los siguientes elementos: los objetivos que se espera alcanzar, las motivaciones que inspiran a las partes, las oportunidades de cooperación, así como el cauce jurídico y financiero por el cual discurre la misma.

3) Diversas ventajas derivadas de la concentración

A) Posibilidad de alcanzar determinadas economías de escala y, concretamente, la reducción de costos unitarios de producción.

B) Contribuir a la rápida amortización del equipo productivo.

C) Mantener una cierta autonomía en los mercados de adquisición de materias primas, en función de su mayor capacidad económica

D) Reconocimiento de una cierta capacidad para incrementar la rentabilidad empresarial derivada de su autonomía financiera particular.

Carlos Marx definía la concentración de capital como el proceso mediante el cual el capital se invierte en instalaciones de dimensión cada vez mayor. La concentración va unida a la acumulación de capital y no puede tener lugar sin ésta; no necesariamente al contrario, ya que puede darse un proceso de acumulación que no vaya acompañado de la concentración, debido a repetidas subdivisiones entre herederos. La concentración sin embargo, a pesar

³¹ Ibidem

de tener estas tendencias contrarrestantes, provoca un aumento continuo en la escala de producción y representa una limitación de la competencia. La concentración de capital junto con la centralización sirve de base económica para el nacimiento y desarrollo de los monopolios y la transición de la fase imperialista del capitalismo.³²

De los conceptos referidos por Marx, conviene apuntar algunas observaciones. Para que exista una concentración en la época actual, no necesariamente debe ir acompañada de una acumulación de capital, ya que atendiendo a la intensidad o grado de concentración, podría llegarse al extremo de una agrupación o concentración parcial en la cual no se acumulara el capital. Sin embargo, encontraríamos acuerdos tácitos interempresariales con la finalidad de resolver determinados servicios comunes que afectarían los intereses particulares de cada uno y servirían como base para el establecimiento de fórmulas de colaboración, las cuales representarían en última instancia un control en el mercado y una práctica monopólica.

4) Diferentes acepciones de concentraciones

Después de exponer el marco general de las concentraciones respecto de la forma de manifestarse, algunas características principales, efectos y ventajas de su presencia; procederemos a transcribir y analizar algunas definiciones:

El maestro Miguel Acosta Romero, señala que es un fenómeno jurídico y económico mediante el cual dos o más empresas o sociedades civiles o mercantiles inciden en un solo centro de decisión, ya sea para efectos puramente administrativos, o para la consecución de un fin socioeconómico o sólo económico.³³

Antes de la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica, el derecho patrio calificaba al fenómeno como sociedades y unidades de fomento, holdings bancarios, grupos financieros, sociedades controladoras o sociedades holdings. Define, cada uno de estos conceptos de

³² Ibidem.

³³ Acosta Romero, Miguel, "Concentración de Empresas", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2a. ed., Ed. Porrúa, D.F., México, 1987, págs. 562-566.

la siguiente manera:³⁴

-Unidades de fomento.- Unidades económicas formadas por una sociedad controladora denominada sociedad de fomento y una o más sociedades controladas, conocidas como sociedades promovidas, son sociedades anónimas a cargo de mexicanos quienes han invertido el 75% de sus recursos o más en activos industriales o de turismo.

Para la creación de las unidades de fomento se requiere de un acto administrativo, denominado concesión, otorgado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y deben constituirse como sociedades anónimas, por lo tanto cuentan con personalidad jurídica.

- Holdings bancarios.- Sociedades anónimas, con personalidad jurídica propia reguladas por la Ley de Instituciones de Crédito. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público establece los requisitos a los que deberán sujetarse.

- Sociedades controladoras strictu sensu.- La Ley del Impuesto sobre la Renta regula específicamente su existencia, debiendo aclarar que las disposiciones de esta Ley, son aplicables a los otros tipos de sociedades que estamos analizando, cuando su Ley especial así lo indica. Así, la Ley del Impuesto sobre la Renta ha adicionado un capítulo IV, *De las sociedades mercantiles controladoras*, las define como *Aquellas que detenten más del 50% de las acciones con derecho a voto de otras sociedades, inclusive cuando dicha tenencia se obtenga por conducto de otras sociedades, a su vez controladas por la primera.*

En nuestro país, este tipo de sociedades han aparecido paulatinamente en virtud de que una sociedad dedicada a la industria, agregaba otras actividades las cuales motivaron, por diversas razones nuevas empresas de carácter autónomo.

De las figuras descritas por Miguel Acosta Romero se concluye que el aprovechamiento de las economías de escala y la tendencia a la acumulación de capitales confluyen en una dirección constante hacia unidades de producción de mayor dimensión, que se benefician generalmente de una

³⁴ Ibidem.

reducción unitaria de los costos fijos, aunque el volumen absoluto sea creciente. Esta producción en gran escala exige el acceso a mercados cada vez de mayor dimensión.

Por otro lado, la concentración favorece la tendencia al monopolio en términos de empresas, pues el aumento de su tamaño implica la reducción del número de ellas que pueden estar presentes en un mercado dado a medio plazo; la reducción del número de empresas facilita a su vez la tendencia al monopolio, pues resulta más factible el pacto entre ellas. Incluso en opinión de algunos autores,³⁵ aumenta el poder de presión de las mismas aisladamente o asociadas sobre el gobierno, que tiende a convertirse cada vez más en agente de sus intereses.

Asimismo, se observa que el concepto de concentración, antes de la publicación de la Ley Federal de Competencia Económica era un término no unívoco, utilizado para referirse a diversas situaciones. Y hasta la entrada en vigor de la Ley de Competencia se presenta el primer intento por agrupar diversos actos en el concepto de concentración, sin elaborar un listado cerrado de las figuras, tampoco tratando de dar una definición. Así, en el artículo 16 la Ley de Competencia establece:

Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o de 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....

A continuación se procederá a analizar algunos de los conceptos que integran el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica al referirse a la concentración.

FUSIÓN La fusión es la extinción de una o varias sociedades por su incorporación a otra ya existente, o la unión de varias sociedades en las que se extinguen todas, para constituir una nueva sociedad. En el primer caso, se

³⁵ Autores varios en *Diccionario Enciclopédico Planeta* Ed. Planeta, Barcelona, España, 1990, pág. 429.

habla de fusión por incorporación; en el segundo, de fusión propiamente dicha o de fusión pura.³⁶

Algunos autores³⁷ han tratado de encontrar la diferencia que existe entre la concentración y la fusión, al establecer que el objetivo de la concentración es robustecer las funciones básicas del negocio, mercado, producción y desarrollo, tanto en lo que se refiere a los productos como a los métodos de producción. Los agentes que participan en la fusión abandonan su independencia y la forma en que se realiza o lleva a cabo constituye un tema de deliberación común. En la mayoría de los casos, las empresas que participan tienen aproximadamente una dimensión similar, tanto en el número de empleados como en la cifra de negocios.

ADQUISICIÓN DE CONTROL Cuando una empresa decide una concentración completa con otra, la cual debe adaptarse a un plan definido de expansión y decimos que se ha efectuado una adquisición. Esta adquisición implica pérdida unilateral de la independencia.

Después de revizar algunos conceptos generales de las concentraciones, se procederá a realizar un análisis en torno al procedimiento de notificación de las concentraciones en la Ley Federal de Competencia Económica.

5) Análisis y estudio del procedimiento de notificación de las concentraciones regulado en la Ley Federal de Competencia Económica

De conformidad con la Ley de Competencia³⁸, las concentraciones que actualizan alguno de los supuestos contemplados en el artículo 20 deben notificarse antes de realizarse, es decir, antes de que la operación se lleve a cabo. Por tal razón, la Comisión ha considerado que las partes pueden celebrar negociaciones antes de realizar la notificación, siempre y cuando las sujeten a condiciones suspensivas para verificarse posteriormente. Sin embargo, las condiciones suspensivas y la actuación de las partes deberán corresponder efectivamente a la naturaleza de esas modalidades y no servir como medio para

³⁶ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, 17a. ed., México, D.F. 1991, pág. 296.

³⁷ N.R.A. Krakel, T.G. Van der Woerd, J.J. Wouterse *Concentración y fusión de empresas* Ediciones-Deusto, Bilbao, España, 1994, pág.13.

³⁸ Véase página 38.

simular otros actos. Por otro lado, es conveniente señalar que las transacciones sujetas a condición resolutoria se consideran realizadas desde el primer momento.

A). Naturaleza jurídica de la notificación previa a realizar una concentración

El artículo 20 señala: *Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:*

En esta parte de la exposición se pretende analizar el alcance de la obligación de notificar cualquier concentración que actualice alguno de los supuestos del artículo 20, que vayan a realizarse con posterioridad.

Se comenzará por desentrañar el significado de una notificación, de conformidad con la teoría general del proceso, ya que consideramos que la consecuencia de llevar a cabo la notificación regulada en la Ley de Competencia, es dar inicio a un procedimiento ante la Comisión de Competencia. Para Alcalá-Zamora *el procedimiento se compone de la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas o ligadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo.*³⁹

De conformidad con la definición anterior, cuando se realiza una notificación ante la Comisión, por parte de los particulares, esta autoridad realiza una serie de actuaciones y diligencias sustanciadas y tramitadas según el orden y la forma prescritos por el legislador en la Ley Federal de Competencia Económica.

La notificación según definición del maestro Ovalle Favela *es el acto procesal por medio del cual el órgano jurisdiccional hace del conocimiento de las partes, de los demás participantes o de los terceros, una resolución judicial o alguna otra actuación judicial.* De la definición antes citada, se puede deducir que Ovalle Favela circunscribe la notificación únicamente al ámbito procesal; como un medio de comunicación, en el cual el emisor es el órgano jurisdiccional y los receptores, las partes o los demás participantes.

³⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, 1972, pág.137.

Cabe señalar que no debe considerarse el concepto de notificación limitado únicamente como un acto procesal, ya que puede aplicarse a otro tipo de actos en los cuales se manifieste. Asimismo, Ovalle Favela afirma que la notificación es el género de las comunicaciones procesales entre el juzgador y las partes, los demás participantes y los terceros, en virtud de que las demás comunicaciones son notificaciones con modalidades especiales.⁴⁰

En todos los casos la notificación exige que determinados actos o hechos sean del conocimiento de una parte, de un tercero o de una autoridad, en relación o en presencia de los cuales no han sido efectuados.

De esta manera dentro del concepto de elaboración procesal se ha de incluir, pues, una actividad dirigida especialmente a obtener tal resultado; el nombre que le corresponde es el de notificación.

En opinión de Francesco Carnelutti,⁴¹ la función y la importancia del acto denominado notificación son tan conocidas que lo que merece ciertas aclaraciones es su estructura. Y así este autor distingue entre declaración y notificación. Al ser una manifestación del pensamiento esencialmente destinada a ser conocida por otros, la declaración implica en sí misma una actividad dirigida a proporcionar a otros el conocimiento de quien la emite, razón por la cual es inevitable provocar la confusión de estos dos conceptos. Para evitar la confusión entre ambos conceptos Carnelutti distingue dos conceptos de notificación uno más amplio y el otro más restringido:

-Notificación latu sensu.- Toda actividad dirigida a poner algo en conocimiento de alguien, la cual incluye la declaración y además la actividad encaminada a hacer llegar al destinatario la declaración de voluntad.

-Notificación strictu sensu.- Comprende sólo la actividad dirigida a tal finalidad, que no consista en una declaración.

De lo anterior, se puede decir que la notificación en estricto sentido consiste no en declarar, sino en producir una condición física mediante la cual la declaración llegue a ser percibida por alguien, de tal modo que se dé a conocer su contenido.

⁴⁰ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 2a ed., Ed. Harla, México, Distrito Federal, pág.282

⁴¹ Carnelutti Francesco, "Instituciones de Derecho Procesal Civil," en *Colección Biblioteca Clásicos del Derecho*, Vol 5, Ed. Harla, 1997, México, Distrito Federal, págs. 528-533.

Para que exista notificación en sentido estricto, no basta que lo que se notifique sea una declaración, sino que el acto de declarar pueda separarse del acto de notificar. Puesto que la declaración va siempre dirigida a un destinatario, mientras el declarante actúe sólo para comunicar su pensamiento al destinatario, no hace más que declarar. Una actividad distinta de la de declarar, o sea justamente la de notificar, se asocia a ella sólo cuando:

a) Se emite por persona diferente del propio declarante: ésta es la hipótesis del *nuncius*; o bien cuando:

b) Se desarrolla por el propio declarante hacia una persona distinta del destinatario de la declaración. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la notificación realizada por la sociedad "A" ante la Comisión de Competencia, de la aceptación del proyecto de concentración con la sociedad "B".

De este modo, las dos figuras que resultan del concepto de notificación en sentido estricto ahora esbozadas, se pueden dividir en autonotificación y heteronotificación, según la declaración sea notificada por el propio declarante o por otra persona.

Asimismo, la notificación puede ser preventiva o sucesiva, en tanto que puede preceder o seguir a la realización del hecho o del acto cuya noticia se quiere suministrar y, especialmente, de la declaración: en el primer caso, se notifica una declaración que se llevará a cabo, y en el segundo, una notificación que ya se ha efectuado.

Por otro lado Giuseppe Chiovenda⁴² establece que la notificación (que en los términos Carnelutti se ha identificado como notificación *strictu sensu*), está regulada en el proceso por el principio de la recepción mas no por el de conocimiento, lo que implicaría que la notificación produce plenamente su efecto cuando han sido observadas todas las normas establecidas por la Ley para que el acto notificado llegue a su destinatario. Resulta innecesario probar que éste tuvo conocimiento del acto; y aun cuando esto se probara, carecería de toda repercusión jurídica.

Al aplicar el desarrollo de las ideas expuestas al concepto de

⁴² Chiovenda Giuseppe, "Curso de Derecho Procesal Civil," en *Colección Biblioteca Clásicos del Derecho*, Vol. 6, Ed. Harla, 1997, México, Distrito Federal, pág.185.

notificación establecido en el artículo 20 de la Ley Federal de Competencia se concluye lo siguiente:

1.- Que no es una notificación en estricto sentido según la clasificación de Carnelutti.

2.- Que en algunas ocasiones sería una notificación heteroaplicativa y en otras autoaplicativa dependiendo de quien la realice.

3.- En atención a la finalidad que se persigue en la Ley de Competencia la notificación debería ser preventiva, en todos los casos.

4.- Por último, si se tratará de una *mera notificación en sentido estricto*, de acuerdo con el principio de la recepción señalado por Chiovenda el cual regula las notificaciones en estricto sentido, los agentes económicos obligados a realizar la notificación cumplirían con su obligación únicamente con el simple hecho de presentar su escrito con todos los requisitos determinados en la Ley Federal de Competencia Económica.

Sin embargo, la notificación regulada en la Ley de Competencia conlleva una serie de actuaciones o diligencias reguladas en la propia Ley:

1.- Proporcionar aquellos datos o documentos adicionales a la Comisión en un plazo de quince días naturales que se hayan solicitado dentro de los veinte días naturales contados a partir de la recepción de la notificación.

2.- En algunos casos, aguardar el plazo de cuarenta y cinco días naturales y en otros, sesenta días naturales adicionales, regulados en la Ley de Competencia, para que la Comisión emita resolución o se aplique la afirmativa ficta al no emitir resolución, sin que el agente económico realice la operación notificada.

En virtud de que la notificación regulada en la Ley Federal de Competencia Económica es una figura compleja, y que trea aparejada una serie de consecuencias, se tratará de analizar con base en algunas ideas plasmadas en la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, las cuales servirán de apoyo para desentrañar la finalidad que se pretendió al crear la figura de la notificación previa a realizar alguna concentración congruente alguno de los supuestos establecidos por el legislador.

La exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, al referirse a las concentraciones, señala:

Para el tratamiento de las concentraciones se optó por un método pragmático y preventivo. La experiencia de otros países demuestra una mayor efectividad cuando se evalúan las concentraciones previamente a su consumación que cuando ya se llevaron a cabo, ya que en este último caso es muy complejo regresar al estado originario de las cosas.⁴³

La iniciativa no pretende que se establezca una oposición sistemática a las fusiones. Por ello se especifican los actos que deberán someterse a consideración de las autoridades en forma previa, para que sólo las fusiones que pudieran presentar un serio riesgo a la competencia sean evaluadas y, a la vez, se eviten simulaciones o la práctica de adquirir una empresa con base en operaciones pequeñas sucesivas.⁴⁴

Por lo que hace a las concentraciones, las infracciones serían sancionadas con montos menores comparativamente a las prácticas absolutas. En cambio se propone facultar a la autoridad para ordenar, en su caso, la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente.

Se establece en el proyecto la obligación de notificar previamente a la Comisión, las concentraciones que se pretendan efectuar cuando excedan de determinados montos.

Para hacer efectiva esta obligación, se propone condicionar la inscripción del acto en el Registro Público de Comercio, a la obtención de resolución favorable de la Comisión o que haya transcurrido el plazo establecido sin que hubiera ésta dictado resolución.⁴⁵

Por otro lado, se expondrá las ideas de algunos autores para aclarar la

⁴³ Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, Op. Cit., Supra (18), pág. XVIII

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibid.

intención del legislador en lo concerniente a las notificaciones que deben realizarse de las concentraciones.

La Ley propone una política de sanciones que limite el uso de notificaciones previas, inspecciones y en general de instrumentos de control directo a los casos estrictamente necesarios. Los controles directos son de dudosa eficacia, pues no reconocen la responsabilidad de los ciudadanos en el cumplimiento de la Ley y derivan en la actuación discrecional de la autoridad.

Por su naturaleza, la política de competencia es un campo donde el burocratismo y la incertidumbre serían especialmente dañinos. En cambio para cada tipo de infracción se dispone el tipo y magnitud de sanción más adecuada para maximizar el castigo y minimizar los incentivos a infringir la Ley.

Para las concentraciones, la política es preventiva, por lo que en consecuencia las sanciones no son importantes ni en lo referente a términos, ni en el monto de las multas en relación con el valor de las operaciones. En cambio, la Ley propone la suspensión y en su caso, nulidad de las acciones con el fin de prevenir concentraciones. Además, para hacer efectiva la disposición legal sobre notificaciones previas, las operaciones no podrán ser inscritas en el Registro Público de Comercio, mientras no se expida la aprobación de la Comisión.⁴⁶

Conviene advertir dos situaciones muy importantes:

- 1) La intención de obligar a todos los agentes económicos a notificar previamente toda concentración que vayan a realizar.
- 2) Derivado de la notificación, que la Comisión evalúe los efectos que pudiera alcanzar esta operación en el mercado relevante.

La finalidad que se persigue al realizar una notificación consiste en

⁴⁶ Castañeda Gabriel, Santiago Levy y Gabriel Martínez, Op. Cit., Supra (13)

permitir a la Comisión evaluar los efectos que tendría esa concentración dentro del mercado relevante, para evitar una práctica monopólica. De nada serviría una notificación en sentido estricto, ya que sería útil únicamente para efectos de registro o estadísticos, mas no para que la autoridad evalúe el contenido de esa notificación teniendo como consecuencia que el agente espere un plazo determinado para recibir una calificación de esa autoridad.

De esta forma, después de haber realizado las consideraciones anteriores y tomando en cuenta que la finalidad, que se persigue en el artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica es permitir, que la Comisión tenga el tiempo necesario para evaluar las concentraciones previamente a que se realicen. Luego entonces se considera que la figura en estudio es una declaración, la cual requiere una evaluación por parte de los funcionarios de la Comisión.

Se entiende por declaración toda manifestación del pensamiento encaminada a ser conocida por otro; asimismo por evaluación, el otorgamiento de un valor, una tasación o una calificación a un hecho que se sometió a estudio.

De esta forma, se puede concluir que el agente económico el cual realizará alguna concentración dentro de los límites que establece el artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica deberá **declarar** los pormenores de la operación para que la Comisión evalúe los efectos anticompetitivos que pudiera llegar a tener en el mercado relevante.

Con la intención de evitar una interpretación errónea, el Artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica, debió redactarse en los siguientes términos:

Artículo 20.- Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser declaradas a la Comisión, para su posterior estudio y evaluación:

Así también, en el mismo Artículo 20 o en otros posteriores, se podría añadir que para que la Comisión se encuentre en condiciones de realizar esa evaluación, se deberá declarar por escrito aquellos elementos que permitan el estudio de la operación a realizarse.

B) Análisis y observaciones al procedimiento de notificación regulado en la Ley Federal de Competencia Económica

Después de haber analizado algunos aspectos de la naturaleza jurídica de la notificación previa a realizar alguna concentración en este apartado se procederá a realizar algunas observaciones en torno a la forma y procedimiento de las notificaciones.

La obligación de notificar una concentración, cuando procede, recae sobre ambas partes. Ahora bien, la Comisión⁴⁷ ha considerado que el agente económico que concentra es el primer obligado a notificar, aún cuando la obligación pueda cumplirse por la parte que enajena o transfiere. En el supuesto de fusiones por integración, ambas partes están obligadas a notificar la operación.

Para facilitar la notificación de las concentraciones, la Comisión elaboró un cuestionario preliminar con el instructivo correspondiente. El cuestionario está a disposición del público en la Oficialía de Partes de la Comisión y puede ser enviado por correo mediante solicitud de cualquier interesado. El cuestionario contempla lo siguiente:

- a) El instructivo para la notificación de las concentraciones, explica la mecánica a seguir ante la Comisión.
- b) En un segundo apartado se establecen los datos generales que debe contener el escrito de notificación.
- c) Se regula la forma de describir la transacción a notificar.
- d) Asimismo se explica cómo debe detallarse la información sobre varios aspectos de las personas participantes en la transacción.
- e) También se define y explica el contenido de la información económica que debe proporcionarse, como la definición de productos y servicios, descripción del proceso productivo, insumos, inversión en capital

⁴⁷ "Reestructuraciones para enfrentar la crisis" (Saneamiento financiero de empresas-Corporación Internacional de Aviación, S.A. de C.V./ Aerovías de México, S.A. de C.V./ Corporación Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., en *Informe Anual de Competencia Económica 1995-96*, publicación de la Comisión Federal de Competencia, Noviembre de 1996, México, D.F., págs. 48-50.

fijo, situación de la capacidad productiva, distribución de los productos y servicios, formas de distribución, ventas y comercialización nacional de los productos, precios de venta de los principales productos, exportación del producto, presencia de importaciones de productos sustitutos, investigación y desarrollo.

f) Estableciéndose la forma de informar sobre la relación de competidores.

g) Se establece la información que debe proporcionarse en relación con los clientes.

Además de la información que los notificantes proporcionen en primer término, la Comisión puede solicitar información adicional la cual generalmente versa sobre elementos económicos que varían de acuerdo con las características de los mercados y de la transacción.

Cómputo de plazos

De conformidad con el artículo 21 de la Ley Federal de Competencia Económica, la Comisión cuenta con un plazo de cuarenta y cinco días naturales contados a partir del día en que se recibe la notificación para emitir su decisión; es decir, el primer día del plazo es el siguiente del día en que se notifica. Si la Comisión no emite resolución dentro de ese término, se entiende que no tiene objeción alguna en contra de la transacción; en cuyo caso opera la afirmativa ficta.

La Comisión puede solicitar información adicional después de la notificación, con base en el Artículo 21 o en el Artículo 31 de la Ley. El fundamento utilizado para solicitar la información tiene relevancia para contabilizar los plazos para la afirmativa ficta.

La información y documentación se solicitan (en una o varias ocasiones) con base en la primera disposición, cuando no han transcurrido más de veinte días naturales contados desde la notificación de la concentración; contabilizando el primer día de este plazo como el siguiente a aquél en que se dio por recibida la notificación. El notificante contará con quince días naturales para proporcionar lo solicitado por la Comisión, plazo que puede ser ampliado en casos debidamente justificados. Conviene resaltar que el plazo de 45 días

originales se interrumpe una vez solicitada información adicional, volviendo a correr a partir del día siguiente al que se proporcione lo solicitado a la Comisión.

Cuando ya han transcurrido los veinte días referidos en el párrafo anterior y se requiere solicitar información o documentación sobre la transacción a terceros, la Comisión se basa en el artículo 31 de la Ley. El plazo de cuarenta y cinco días no se interrumpe por este tipo de solicitudes. La persona a la que se le hace el requerimiento correspondiente cuenta en principio con un plazo de tres días hábiles (artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria) pero la Comisión frecuentemente le otorga plazos más amplios, tomando en consideración un plazo razonable para obtener y presentar los datos solicitados. La Comisión ha otorgado prórrogas solicitadas con base en argumentos consistentes y razonables. Aún cuando en la mayoría de los casos notificados la Comisión ha resuelto antes del plazo límite que la Ley establece, es necesario señalar que en operaciones excepcionalmente complejas la Comisión ha ampliado el plazo de cuarenta y cinco hasta sesenta días más.

Mecánica de estudio

Una vez recibida la notificación de una concentración, la Comisión procede, como sigue: (i) revisa que la documentación esté completa y en su caso resuelve qué otra información requiere; y (ii) determina si es necesario instruir a las partes para no cerrar la operación notificada, no intercambiar prestaciones, o información innecesaria en el caso, o tomar posesión de la administración de la empresa objeto de la transacción. La Comisión no da por recibida la notificación en tanto no se cumpla con el inciso i.⁴⁸

Las instrucciones a que se refiere el inciso ii han sido emitidas por la Comisión sólo en aquellos casos en los cuales se considera que existen probabilidades suficientes de que la operación notificada implique un análisis complejo. Además, la instrucción se emite con una finalidad exclusivamente preventiva. En efecto, si la operación se considera anticompetitiva, pero las partes la hubieran cerrado bajo su riesgo, la Comisión ordenaría la desconcentración, con los costos e inseguridad consiguiente.

⁴⁸ Ibidem.

De las respuestas a las dos cuestiones anteriores, la Comisión deduce si la operación es sólo una reestructuración corporativa, o si implica una concentración de otra naturaleza. Se considera que una operación conlleva una reestructuración corporativa cuando las razones por las cuales se realiza son meramente operativas, sin implicar cambio alguno en el control efectivo de las empresas involucradas. En estos casos se estudia la estructura accionaria antes y después de la concentración, así como el grado de control de los participantes en la transacción. Por tanto, el análisis es de carácter simple lo que permite una respuesta rápida por parte de la Comisión. Cuando no se trata de una reestructuración corporativa, se pasa a una segunda etapa cuya finalidad consiste en evaluar los efectos de la concentración. Para ello se procede a definir el o los mercados relevantes involucrados

El mercado relevante se define agrupando los productos o servicios que son sustituibles entre sí en términos de uso y precio. Para ello se consideran las características de los productos, su localización geográfica y la oportunidad de entrada a los mismos. Definido el mercado relevante, se aplican índices de concentración para determinar si la concentración del mercado es significativa. Si resulta significativa se continúa estudiando si la parte o las partes, en virtud de la transacción, adquirirán "poder sustancial" en el mercado relevante o si ya cuentan con él. La Comisión considera la existencia de importaciones, las condiciones para importar, los costos de transporte, la existencia y el comportamiento reciente de los agentes económicos participantes en la operación, si la concentración en el mercado relevante no es significativa, la transacción no es objetada. Si no es factible que se adquiera como consecuencia de la operación, la Comisión no la objeta.

En tanto que las conclusiones de las etapas anteriores permiten apreciar la existencia o adquisición de poder sustancial en el mercado relevante, la Comisión analiza las posibles ganancias en eficiencia derivadas de la operación, en comparación con los costos que conlleva. La evaluación contempla los elementos relevantes entre los que se encuentran los efectos sobre los consumidores y sobre la producción. Cuando la Comisión considera que los efectos anticompetitivos no superan las ganancias en eficiencia, se autoriza la transacción notificada, aunque en ocasiones también puede ser condicionada para eliminar los posibles efectos anticompetitivos.

IV. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ENTRE AEROVÍAS DE MÉXICO Y LA COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN

1) Desarrollo histórico de Aerovías de México y la Compañía Mexicana de Aviación

En 1921, se crea la empresa Compañía Mexicana de Transportación Aérea, la cuarta línea más antigua del mundo después de la holandesa KLM, la colombiana Avianca y la australiana Quantas.

Surgió prestando un servicio de taxi para el pago de salarios de las compañías petroleras en la Huasteca Tamaulipeca, iniciando sus viajes de México a Tampico, Tamaulipas. Ante la falta de pistas o campos de aterrizaje, los pilotos dejaban caer la paga protegida en sacos de lana en los campos de trabajo.⁴⁹

Durante la presidencia del General Alvaro Obregón se crearon las primeras disposiciones que regularon esta empresa de reciente creación, consistiendo en que toda aeronave que llevara pasajeros podía volar mediante una concesión del gobierno federal, y sus vuelos, en la medida de lo posible, debían confinarse a la ruta que se les asignara.

La primera concesión se otorgó el 12 de julio de 1921 a Lloyd A. Winship, uno de los socios de la empresa Compañía Mexicana de Transportación Aérea.

La concesión permitía a la empresa Compañía Mexicana de Transportación Aérea explotar los vuelos comprendidos entre México, Tuxpan, Tampico, Nuevo León, Matamoros, Monterrey, Saltillo y San Luis Potosí en los cuales se autorizaba el transporte de carga y pasajeros.

En 1924, la compañía atravesaba serios problemas financieros y sus operaciones se habían reducido a ofrecer exhibiciones acrobáticas.

El 18 de diciembre de 1924, los principales accionistas de la compañía celebraron su primera reunión de consejo. El objetivo de la reunión fue

⁴⁹ Huerta Escobedo, Eduardo, "Mexicana la vocación del vuelo", en revista *Vuelo*, Año III., No. 34, Noviembre de 1996, México, D.F., págs.76-79

nombrar a George L. Rihl como gerente y apoderado general. Una semana más tarde, los fundadores de la empresa aeronáutica renunciaron a sus puestos en el Consejo de Administración cediéndolos a otros miembros. De esta forma se constituyó la sociedad anónima denominada Compañía Mexicana de Aviación.⁵⁰

A finales de la década de los veinte Mexicana de Aviación prestaba, además de los servicios de transporte de pasajeros y carga, un nuevo servicio encomendado por el presidente Calles: el transporte aéreo del servicio postal.

El éxito en el transporte de correo se extendió hacia toda la República, pero faltaba capital. Se requería un socio con dinero suficiente para apoyar la prometedora expansión de Mexicana. George L. Rihl entabló negociaciones y así, el 23 de enero de 1929, se concretó la venta del total de las acciones a Pan American Airways.

La unión de ambas empresas significó el comienzo del despegue de la aviación mexicana. No sólo quedaba comunicado el territorio nacional de frontera a frontera, sino que México se convertía en enlace entre América del norte y América del sur.

Con la fusión, Mexicana conquistó los cielos nacionales y salió a conquistar los cielos internacionales. A la par de los avances de la empresa, también el sector seguía creciendo.⁵¹

En 1941, la empresa voló 2,835,952 kilómetros sin el menor contratiempo, lo que le valió que el Consejo Interamericano de Seguridad le otorgara el Diploma de Seguridad correspondiente a 1941 en Nueva York, premio que recibiría durante tres años consecutivos.⁵²

En diciembre de 1944 Pan American Airways maduraba un proyecto que incluía la venta de una buena parte de acciones a empresarios mexicanos.

La venta de 13,750 acciones de Pan American a estos inversionistas mexicanos se tradujo en el predominio del capital nacional en Mexicana de

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibid.

⁵² Huerta Escobedo, Eduardo, "La vocación del vuelo" en revista *Urania*, Año IV, No. 46, Junio de 1996, México, D.F., págs.36-40.

Aviación.

La década de los cincuenta fue una época de prosperidad. Mexicana ofrecía al mercado, además de todos sus servicios, una flota de carguero, aviones C-47, con capacidad de tres toneladas y media y un C-54 capaz de transportar 10 toneladas.

En aquella época, la Compañía Mexicana de Aviación disfrutó, de un crecimiento como no lo había experimentado hasta entonces. Los estados financieros revelaban a lo largo de los seis primeros años de la década, la continuación de un período de bonanza que llegó a arrojar trece ejercicios consecutivos con utilidades.

Pero en noviembre de 1967 los tiempos para Mexicana cambiaron; los miembros del Consejo de Administración se reunieron para analizar la situación de la empresa. La empresa de aviación más antigua de México, pilar del desarrollo de la industria de la aviación en el país, estaba al borde de la quiebra.

Dentro de las causas de esta difícil situación se encontraba que a partir de 1958, se habían sumado fuertes pérdidas económicas que a esa fecha sumaban 200 millones de pesos. El capital social de Mexicana se había consumido y sólo una revaluación de ciertos activos y la venta de algunos aeropuertos la sostenían artificialmente.

Mexicana se había declarado en suspensión de pagos y los acreedores habían embargado dos de los tres aviones Boeing 727 de que disponía.

El vicepresidente del Consejo de Administración, el señor Crescencio Ballesteros convenció a los dueños de Panamerican para que le vendieran su parte de Mexicana en vez de mandarla a la quiebra.

De esta manera el 15 de enero de 1968, el ingeniero Ballesteros y sus socios compraron el 35 por ciento de las acciones de la línea y se consumaba la mexicanización de la empresa. Con esta operación la familia Ballesteros llevó a Mexicana de Aviación a otra época de oro.⁵³

⁵³ Ibidem.

En esta nueva época se realizó la internacionalización de la aviación de nuestro país, Mexicana comenzó a volar por los cielos de toda América. Fueron años de renovación de flotas, de la llegada de los Boeing 727.

Sin embargo, otros problemas económicos orillaron a vender Mexicana al gobierno federal en 1982.

En manos gubernamentales, Mexicana de Aviación y Aerovías de México conocieron los sabores del manejo inadecuado de la administración de la burocracia con sus consecuencias, siendo así que los contratos colectivos crecieron, el número de empleados se multiplicó, aparecieron las rutas de compromisos políticos no siempre rentables. Todo ello aunado a que con la crisis económica de 1982, se dejaron de comprar refacciones y los equipos aéreos comenzaron a envejecer. La crisis de Mexicana y su hermana menor, Aerovías de México, se hizo patente hasta la quiebra de esta última en 1988.⁵⁴

De esta difícil situación para las dañadas empresas de aviación, resultó que el gobierno federal se viera obligado a ofrecerlas al mejor postor en 1989.

En el caso de Mexicana de Aviación, el grupo ganador con liderazgo de los hermanos Bremer prometió modernización, nuevos equipos, mantener la planta laboral y retomar el vuelo hacia el desarrollo de la empresa. Aunque la participación gubernamental no desapareció, se redujo considerablemente debido a que mantuvo el 34% de la participación accionaria. El grupo Falcon inyectó 200 millones de dólares para cumplir sus promesas. A principios de la década de los noventa Mexicana de Aviación y Aerovías de México parecían retomar el camino hacia el desarrollo.

De esta forma, Mexicana firmó contrato de arrendamiento financiero con la fábrica europea de aviones Airbus Industries con el objeto de recibir 22 aeronaves a partir de septiembre de 1991 y hasta mayo de 1998, además de contratar otros equipos en arrendamiento, a tal grado de calcular que con el 40 por ciento de ocupación de cada avión podría cubrirse el costo.

No obstante, todo lo anterior se quedó en buenas intenciones debido a que se presentaron ciertas eventualidades que poco a poco originaron otros problemas en ambas empresas, como la conflagración del Golfo Pérsico y la

⁵⁴ Ibid.

guerra de tarifas.

En agosto de 1991, la desregulación de la aviación civil alentó el surgimiento de nuevas aerolíneas. Con la liberación de rutas y tarifas, con menos restricciones y discrecionalidad para el otorgamiento de permisos y concesiones, se desató una intensa competencia no sólo entre las dos grandes troncales, sino entre éstas y las nuevas aerolíneas, las cuales a través de prácticas comerciales agresivas no siempre leales, ganaron mercado reduciendo sustancialmente las tarifas.

Además de esas pesadas cargas, ambas empresas adquirieron gradualmente deuda con los organismos gubernamentales como Aeropuertos y Servicios Auxiliares y Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano. Los pasivos crecieron de una manera desorbitante lo cual provocó otro cambio de directivos en las aerolíneas.

Por sus altos costos de operación y endeudamiento excesivo, Aeroméxico y Mexicana no estaban preparadas para enfrentar ni comercial ni financieramente esta activa competencia. Como consecuencia de la guerra de tarifas en la que se vieron envueltas, ambas empresas empeñaron poco a poco su capital hasta llegar, en un mayor grado Mexicana, al borde de la quiebra.

La industria de la transportación aérea se forjaba en medio de una cruel guerra de tarifas y una política de cielos abiertos que aunada a los antecedentes económicos mencionados puso en crisis a toda la aviación nacional.

Después de hacer cuentas, Mexicana debía casi 1,200 millones de dólares a sus acreedores, y para algunos especialistas debía más de lo que valía, razón por la cual se declaró en quiebra en el año de 1995.⁵⁵

En 1995 comenzaron los trabajos de reestructuración que detonaron con la transformación de 560 millones de dólares, que eran deuda en acciones de la empresa con lo cual sus acreedores bancarios tomaron el control del grupo.⁵⁶

Aeroméxico no estaba en mejor situación, primero se declaró la quiebra

⁵⁵ Hajar, Guillermo, "Líneas aéreas" en revista *Mundo Ejecutivo*, año XVII, No. 215, vol. XXIX, marzo 1997, México, D.F. pág. 16.

⁵⁶ *Ibidem*.

de la antigua Aeronaves de México y se creó una nueva empresa, Aerovías de México. Limpia de pasivos financieros y laborales fue adquirida por un grupo de inversionistas nacionales. Posteriormente la guerra de tarifas en el sector había lastimado severamente sus finanzas y en septiembre de 1994 inició la reestructuración financiera y operativa. Sin embargo, con la crisis devaluatoria desatada en diciembre de ese año, la empresa estuvo a punto de desaparecer.

La aguda reducción de financiamientos durante 1995 debido a la devaluación y las irregularidades cometidas en su administración, casi acabaron con ella.

El antiguo presidente de Aeroméxico, Gerardo de Prevoisin, quien obtuvo el control de la compañía mediante créditos recibidos de varios bancos (entre ellos Bancomer, Banamex, Serfin e Inverlat), había dado en garantía acciones de la compañía las cuales no le pertenecían.⁵⁷

En ambos casos, los administradores de ambas empresas respectivamente incursionaban en la industria por primera vez, en un momento en el que las expectativas de desarrollo de ésta parecían promisorias. En opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica, la inexperiencia de sus administradores explica, aunque no justifica, el excesivo endeudamiento, los arrendamientos y adquisiciones de equipo fuera de condiciones de mercado, las contrataciones innecesarias de personal de confianza y otros gastos propios de una administración inadecuada.⁵⁸

Derivado de todo lo anterior, un grupo de bancos tomó posesión de ambas empresas mediante la adquisición del control de Mexicana por Aeroméxico, autorizada por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) con anterioridad a la entrada en vigor de Ley Federal de Competencia Económica.

En muchos ámbitos de la sociedad, se difundió la idea de que el pez chico (la recién renacida Aerovías) se tragaba al grande al comprar Mexicana, noticia que dejó estupefacto a más de uno.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial", en *Informe de Competencia Económica-1997*, publicación de la Comisión Federal de Competencia, Junio de 1998, México, D.F., pág. 104.

De esta forma el recrudecimiento de los problemas económicos y financieros de dichas aerolíneas, condujo a su control por parte de los bancos acreedores y a crear una serie de medidas tendientes a la reestructuración económica y financiera de ambas empresas.

En consideración de la Comisión Federal de Competencia este hecho representó sólo un paliativo de graves consecuencias para las dos líneas aéreas, las cuales bajo una sola administración cayeron en una situación financiera insostenible. Por esta razón y para no demandar la quiebra, los bancos acreedores asumieron el control de las empresas en septiembre de 1994.⁵⁹

En mayo de 1995 se presentó ante la Comisión Federal de Competencia Económica un caso de concentración de gran trascendencia nacional, ya que implicaba a todo un sector de la economía en el cual se encontraban los siguientes factores: fuentes de empleo, de inversión y de servicios; los cuales dependían de la resolución que habría de emitir la Comisión.

El caso consistía en la conformación de una controladora tenedora de las acciones de las compañías aéreas Aerovías de México (AEROMÉXICO) y Compañía Mexicana de Aviación (CMA) la cual actualmente concentra el 80 por ciento de la flota de aviación troncal del país.

Así, en la fecha de la notificación de la concentración de ambas empresas ante la Comisión Federal de Competencia, las instituciones de crédito poseían más del 60 por ciento del capital de Aeroméxico (integrado por acciones propiedad de Bancomer, fideicomisos de bancos que sumados reunían a nueve instituciones y el fideicomiso Banamex). A su vez Aeroméxico controlaba directa o indirectamente el 54.6 por ciento del capital social de Mexicana.

2) Situación económica y financiera planteada ante la Comisión Federal de Competencia al notificar la operación de concentración entre Aerovías de México y Compañía Mexicana de Aviación

En el contexto económico prevaleciente en torno a las dos empresas

⁵⁹ Ibidem.

destacan los siguientes puntos:

1).- Ambas empresas contaban con una flotilla de aviones entrando a su edad de envejecimiento, contando con elevados costos de arrendamiento para la adquisición de nuevas aeronaves.

2).- Carecían de un plan global y estratégico de desarrollo, así como de alianzas comerciales para enfrentar la globalización.

3).- Entre 1991 y 1994 habían tenido una pérdida conjunta de 24 puntos porcentuales en la participación del mercado nacional.

4).- Disminuyeron su penetración en los mercados internacionales lo que representó pérdidas por varios millones de dólares en sus ingresos.

Ante este panorama, el 25 de mayo de 1995 Corporación Internacional de Aviación, S.A. de C.V. (Cintra), Aerovías de México, S.A. de C.V. (Aeroméxico) y Corporación Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. (Mexicana) notificaron su interés en realizar una concentración ante la Comisión Federal de Competencia. Ésta consistía en la adquisición de las acciones de Aeroméxico y Mexicana por parte de Cintra la cual en lo sucesivo controlaría a ambas compañías y a sus subsidiarias. La operación se llevaría a cabo en tres etapas. En las dos primeras, Aeroméxico y Mexicana intercambiarían acciones con Cintra, y en la última se exploraría la posibilidad de que las subsidiarias de estas empresas aéreas se integraran al patrimonio de la tenedora.⁶⁰

Antes de esta notificación, el binomio Aeroméxico-Mexicana presentaba un alto grado de integración horizontal y vertical. La primera tenía como subsidiarias o asociadas a Aeromexpress, Aeroliteral y Aero Perú; y la segunda, a Aerocaribe, Aerocozumel, Aeromonterrey y Aerolibertad. Además, Aeroméxico y Mexicana participaban conjuntamente, por medio de SEAT, en la prestación de algunos servicios complementarios en aeródromos civiles y, a través de Sertel y Sabre, en la oferta de sistemas computarizados de reservaciones aéreas. Asimismo, ambas compañías participaban separadamente en otros negocios relacionados con diversas actividades conexas a los servicios aéreos o a sus operaciones.⁶¹

⁶⁰ "Reestructuraciones para enfrentar la crisis" Op. cit., supra. (47).

⁶¹ Ibidem.

Las instituciones bancarias argumentaron que por la diversidad de los tipos de crédito otorgados, resultaba imposible hacer efectivas sus garantías y que la capitalización de los pasivos de las aerolíneas, a través de un tenedora accionaria común, constituía la única opción para lograr la restructuración financiera la cual, les permitiera recuperar su capital sin afectar la industria.⁶²

Cintra fue constituida por iniciativa de los bancos acreedores con la finalidad de llevar a cabo el saneamiento financiero de Aeroméxico y Mexicana. De esta suerte, al efectuar la concentración se constituiría una entidad corporativa con carácter de tenedora pura y de controladora, registrada en la Bolsa Mexicana de Valores, S.A.

Asimismo, los objetivos de Cintra planteaban, además de solucionar las *dificultades financieras de Aeroméxico y Mexicana*, servir de instancia armonizadora entre accionistas y acreedores de ambas empresas y promover la inyección de recursos indispensables. En otras palabras, con la concentración se llevaría a cabo la restructuración corporativa necesaria para fortalecer las finanzas de las dos líneas aéreas y garantizar su sobrevivencia. Esta medida no implicaba modificaciones en la integración vertical y horizontal de Aeroméxico y Mexicana.

A continuación se mencionan algunas de las ideas expresadas por la Comisión Federal de Competencia relativas a la concentración en estudio, plasmadas en el Informe Anual de Competencia Económica 1995-1996.

Esta concentración se relaciona con la oferta de servicios de transporte. Sin embargo, su mercado relevante se limita a los servicios de transporte aéreo regular de carga y de pasajeros, dada la lejana sustituibilidad entre este medio y los demás modos de transporte. El límite máximo de la dimensión geográfica del mercado corresponde al territorio nacional, dada la participación marginal de Aeroméxico y Mexicana en el mercado internacional.⁶³

Al analizar el poder de los promoventes sobre el mercado relevante, la Comisión Federal de Competencia tomó en cuenta el efecto observado en dicho mercado durante los años en que Aeroméxico y Mexicana habían estado vinculadas. En este sentido, destacan los siguientes elementos:

⁶² "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial", Op. Cit., Supra. (58).

⁶³ "Reestructuraciones para enfrentar la crisis" Op. Cit. Supra. (47).

- Las aerolíneas notificantes alcanzaban una participación conjunta de mercado del 65.3% según los pasajeros transportados. La compañía que les seguía en importancia (Taesa) registró un porcentaje del 13.5%, inferior al 37.3 y 28% de Aeroméxico y Mexicana, respectivamente. En opinión de la Comisión Federal de Competencia, la fuerte presencia de estas dos empresas no ha impedido que, durante los últimos años, sus competidores hayan pasado a ocupar lugares significativos en el mercado relevante. Para preservar el nivel de competencia que existía en ese momento resultaba indispensable mantenerlas separadas.

- Como consecuencia de la revisión del marco regulatorio, se incrementaron notablemente el número de participantes y la oferta de los servicios aéreos. En efecto, durante 1993 las empresas regionales pasaron de 11 a 13, y las ciudades atendidas con vuelos nacionales de 59 a 61. Sin embargo, no todas las empresas troncales desarrolladas al amparo de la desregulación lograron mantenerse competitivas durante la crisis. Esto explica su reducción de seis a cinco durante este periodo.

- Las condiciones de competencia prevalecientes permitieron sensibles reducciones en las tarifas de rutas como México-Guadalajara, México-Monterrey, México-Mérida, Monterrey-Cancún y Guadalajara-Tijuana. Empero los beneficios de la competencia no se han extendido plenamente hacia las rutas menos atractivas que, sin embargo, conviene mantener a pesar del poco interés de los nuevos participantes. El fortalecimiento y la ampliación de las condiciones de competencia requiere del mantenimiento del número de oferentes y de los servicios prestados por los mismos. El retiro de Aeroméxico y Mexicana tendría, por tanto, efectos negativos en el funcionamiento de los mercados. La integración comercial de ambas empresas llevaría a resultados similares.

- La entrada de nuevos competidores nacionales y la ampliación de las empresas establecidas está limitada por la magnitud de las inversiones requeridas y las dificultades para financiarlas. Adicionalmente, las prácticas de mercadotecnia generalmente utilizadas para asegurar la fidelidad de las agencias de viajes y de los consumidores finales, aunque frecuentemente legítimas, elevan los costos de entrada a este mercado. Esta situación favorece la posición de todas las empresas que ya operan en el mercado.⁶⁴

⁶⁴ Ibidem.

El análisis realizado por la Comisión Federal de Competencia, del mercado relevante y del poder de los agentes económicos participantes permitió concluir que la competencia resultaría afectada con el debilitamiento o la desaparición de Aeroméxico o Mexicana. Por tanto, resultaba pertinente facilitar la reestructuración financiera y administrativa la cual las orientaría a niveles adecuados de eficiencia y permitiría la recuperación de las deudas capitalizadas. No obstante, la supresión de los riesgos anticompetitivos de esta concentración, requerían el establecimiento de medidas que garantizaran el desempeño comercial independiente de Aeroméxico y Mexicana.

La Comisión Federal de Competencia al analizar la solicitud, consideró que para autorizar la concentración, debería obedecer los objetivos y someterse a los requerimientos siguientes:

- Restablecer la viabilidad económica y financiera de las dos aerolíneas más importantes de México, concretando la reestructuración financiera como prerequisite indispensable para lograr este propósito.
- Eliminar la asociación imperfecta entre estas dos empresas aéreas, establecida con anterioridad a la vigencia de la Ley de Competencia, hecho que resultaba inadecuado tanto para la operación eficiente como para la competencia en el mercado relevante de la aviación comercial.
- Restablecer, en el plazo más corto posible, la sana competencia en el mercado y con ello, entre las dos principales líneas aéreas; y que,
- Mientras esta competencia no se hubiera restablecido plenamente, la Comisión debería contar con los mecanismos de control idóneos para evitar prácticas anticompetitivas.⁶⁵

⁶⁵ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial" Op. Cit., Supra (58).

3) Resolución de la Comisión Federal de Competencia del 14 de agosto de 1995

La Comisión resolvió y autorizó la conformación de una controladora, el 14 de agosto de 1995, condicionando la resolución a que ambas empresas de aviación se disociaran al término de tres años. Además estableció la restricción de mantener sin cambios sus rutas e itinerarios.

Después de haber conocido el sentido de la resolución emitida por la Comisión el 14 de agosto de 1995, ambas empresas presentaron un recurso de reconsideración, promovido a finales de agosto de ese mismo año por medio del cual se argumentaba que la temporalidad de tres años a que se había condicionado la operación de la controladora resultaba inaceptable, dado que se destruía la viabilidad operativa y financiera de las aerolíneas y que la única oportunidad de la aviación mexicana para competir internacionalmente consistía en la creación de una megatransportadora. Por otro lado, plantearon que el desarrollo de la aviación debía contemplarse como un proyecto a largo plazo y no por un periodo de dos o tres años.

En principio los puntos expuestos por ambas empresas fueron válidos, si se considera la apremiente situación financiera y económica por la que atravesaban y por lo que requerían un proyecto de rehabilitación a largo plazo que les garantizara empezar a crecer y alcanzar una rentabilidad realista.

El proyecto que pretendían alcanzar consistía en la consolidación de sus operaciones tanto en México como en el extranjero, para lo cual era necesario fortalecer sus operaciones en el mercado doméstico y mantener una red de rutas fuerte y funcional con una estructura de largo plazo. Por otro lado, debían de mantener una flota competitiva en el ámbito internacional y canales de distribución adecuados a nivel mundial, que sólo se lograría recuperando la confianza de los inversionistas, operadores, agencias y aerolíneas asociadas mediante un proyecto en un futuro no muy corto. Con la conjunción de esfuerzos, se alcanzaría además, eficientar costos de operación, optimizar recursos y explotar la ventaja de una red de rutas doméstica bien consolidada.

4) Resolución de la Comisión Federal de Competencia de noviembre de 1995

En el segundo análisis del caso, la Comisión consideró no sólo la argumentación de Cintra, sino la información obtenida al recabar la opinión de autoridades y expertos en materia de aviación; de los competidores en el mercado; de los sindicatos de pilotos, sobrecargos y trabajadores de tierra; de prestadores de servicios al turismo, y de legisladores interesados en la industria.⁶⁶

A finales del mes de noviembre de 1995, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica resolvió el recurso de reconsideración promovido por ambas empresas. Como en la resolución anterior no se objetó pero sí se condicionó la operación al cumplimiento de medidas que permitieran prevenir o, en su caso, corregir oportunamente los aspectos o desarrollos anticompetitivos de la concentración. De este modo se modificó el sentido de la resolución anterior y se permitió la conformación de una controladora que llevaría a cabo sus actividades por tiempo indefinido y que regularía las actividades de Aerovías de México y Compañía Mexicana de Aviación, con el nombre de Corporación Internacional de Aviación.

En opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica plasmada en el Informe de Competencia Económica 1995-96, la decisión del Pleno no implicó un cambio radical en la determinación original ya que la concentración en cuestión no había sido objetada, pero sí condicionada. De esta suerte, las pruebas aportadas por el recurrente permitieron demostrar la viabilidad de la competencia sin necesidad de las condiciones originalmente impuestas. Las nuevas condiciones facilitarían el saneamiento financiero de las empresas y permitirían una protección más efectiva de la competencia

En términos generales, con esta nueva resolución se suprimía la condicionante de eliminar al organismo controlador de ambas empresas al término de tres años, así mismo se eliminó el candado impuesto consistente en

⁶⁶ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial" Op. Cit., Supra. (58).

que la controladora serviría únicamente para la capitalización de los pasivos de las empresas. De este modo las funciones de Corporación Mexicana de Aviación se ampliarían a coordinar la creación de sinergias operativas y buscar fórmulas para eficientar la flota y los servicios ofrecidos por ambas empresas. Con esta nueva resolución desapareció también la restricción impuesta de que ambas empresas debían de mantener sin cambio alguno sus rutas e itinerarios, abriéndoles por tanto la posibilidad de manejar a su conveniencia esta estrategia.

Las condiciones impuestas fueron, entre otras, las siguientes:

- La reestructuración administrativa quedó sujeta a la obligación de mantener sus propias marcas, llevar la contabilidad por separado y administrar independientemente cada una de las dos empresas mediante sus respectivos consejos de administración.

- Prevenir los actos anticompetitivos por medio de un agente consultor designado por la Comisión, el cual analizaría regularmente el cumplimiento de las condiciones establecidas y elaboraría dictámenes periódicos sobre las condiciones de competencia.

- Corregir oportunamente eventuales prácticas anticompetitivas mediante:

- El establecimiento de tarifas entre la Comisión y la SCT, cuando a juicio de la primera no existieran condiciones de competencia;

- La suspensión inmediata de las prácticas contrarias a la Ley detectadas por la Comisión;

- El establecimiento de acuerdos entre la Comisión y la SCT para la aplicación de medidas que preservaran o reestablecieran condiciones de competencia;

- La cooperación de los promoventes en la conservación o perfeccionamiento de un ambiente de competencia y,

- La disolución total o parcial, en caso extremo, de la

concentración.⁶⁷

Uno de los puntos más interesantes de la última resolución emitida por la Comisión Federal de Competencia concierne al derecho que se reserva la Comisión para disolver la controladora *holding* de ambas empresas, cuando se incumplan los requisitos establecidos por ese organismo. A fin de proteger el proceso de competencia en el mercado, en tanto se cumpliera el objetivo de la concentración sin fijar un plazo, el Pleno determinó un procedimiento:

La Comisión revisará periódicamente las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado relevante de transportación aérea. Si de los dictámenes que por tal motivo se formulen, se concluye que no existen condiciones de competencia efectiva, la Comisión instruirá a los promoventes sobre las acciones que deberán complimentar para coadyuvar al establecimiento de dichas condiciones, pudiendo ordenar la suspensión o corrección de prácticas anticompetitivas o la desconcentración parcial o total de los agentes económicos involucrados en la transacción notificada, así como imponer las demás sanciones previstas por la Ley.⁶⁸

Para la formulación de los dictámenes de evaluación y seguimiento del mercado y del desarrollo, tanto de la empresa tenedora como de sus subsidiarias, la Comisión identificó los siguientes elementos:

- Participación de mercado de las subsidiarias de Cintra y de los competidores.
- Evolución de tarifas y relación precio-costo.
- Comparación de costos respecto de empresas similares de otros países.
- Prácticas comerciales con el público y agencias de viajes.

⁶⁷ "Reestructuraciones para enfrentar la crisis." Op. Cit., Supra (47)

⁶⁸ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial" Op. Cit., Supra. (58)

- Programas de código compartido, y
- Normas y medidas administrativas de entrada al mercado.⁶⁹

Asimismo, estableció que para llevar a cabo esta supervisión, evaluaría periódicamente las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado relevante del aerotransporte comercial de pasajeros, labor en la que se apoyaría en un consultor independiente.

En acatamiento de esta determinación y por disposición del Pleno para hacer transparente el proceso, Cintra sometió a consideración de la Comisión una terna de empresas profesionales capaces de cumplir la labor requerida. Luego del análisis, en la sesión del 30 de mayo de 1996, el Pleno dio su visto bueno a las empresas propuestas e instruyó a Cintra para que procediera a la contratación de cualquiera de ellas, resultando designada Sai Consultores, S.C.

Según información de la Comisión publicada en el Informe de Competencia Económica 1997, el despacho mencionado en el párrafo anterior ha presentado seis informes de auditoría de competencia a lo largo de seis años, así como otros reportes complementarios los cuales han servido para responder a preguntas específicas planteadas por el Pleno de la Comisión.⁷⁰

5) Análisis jurídico de la concentración entre Aerovías de México y Mexicana de Aviación a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica

La reciente entrada en vigor del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica impidió que al momento de ser notificada la concentración ante la Comisión, esta autoridad pudiera aplicar el ordenamiento reglamentario de la Ley.

Cabe señalar que el carácter confidencial de la información de las empresas actoras en esta concentración limita el análisis el cual se basará en información publicada por la propia Comisión Federal de Competencia a través de los diversos Informes Anuales de Competencia Económica, en información publicada en revistas especializadas que han tratado el tema y en general otras fuentes de conocimiento del público en general.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibid.

En cuanto al método utilizado para el análisis respectivo y considerando el periodo de 3 años transcurridos aproximadamente entre la autorización otorgada por la Comisión Federal de Competencia para permitir la conformación de Cintra y la realización del presente trabajo, consideramos que sería de mayor utilidad recurrir a presentar los acontecimientos y situaciones ocurridos durante el año de 1995, y contraponerlos con los acontecimientos que se han presentado a lo largo de estos años.

La Ley Federal de Competencia Económica establece en el artículo 3o. que están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los agentes económicos, ya sean personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualesquier otra forma jurídica de participación en la actividad económica. En el artículo 16 se define:

...se entiende por concentración la fusión, adquisición de control o cualquier otro 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....

De conformidad con los dos artículos, la operación que realizarían Aeroméxico y Mexicana de Aviación consistente en la creación de una controladora, tenedora de acciones de ambas empresas, se debe calificar como una concentración, toda vez que para realizar esta operación ambas sociedades competidoras entre sí, entregarían sus acciones a la nueva sociedad que se conformaría para tal efecto.

Fundamentándolo en los siguientes razonamientos:

a).- Aeroméxico y Mexicana de Aviación son agentes económicos que participan en la actividad económica como sociedades mexicanas, por lo que son sujetos de la Ley.

b).- Al dedicarse ambas sociedades al mismo objeto social son

competidores entre sí, por lo que de conformidad con los criterios adoptados por la Comisión, la transacción se cataloga como una concentración nacional horizontal: nacional porque se trata de dos sociedades mexicanas; y horizontal porque se trata de una transacción planteada por competidores que operan en el mismo nivel de servicios públicos que prestan.

Por otra parte, el artículo 20 de la misma Ley plantea los diferentes supuestos bajo los cuales determinadas concentraciones deberán notificarse ante la Comisión Federal de Competencia:

I.- Si la transacción importa, 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;

II.- Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos la acumulación del 35% 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, o

III.- Si en la transacción 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, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Con base en el tamaño de Aeroméxico y Mexicana de Aviación y aún cuando no se cuenta con las cifras aproximadas sobre los montos que la operación suponía, se puede concluir que el monto de la operación superaba por mucho las cifras determinadas en el artículo 20, razón por la cual era necesario notificar la concentración que pretendían realizar ambas empresas a la Comisión.

En el procedimiento de notificación de la concentración la Comisión debió evaluar la operación, a fin de evitar que se dañara el proceso competitivo y la eficiencia económica a través del ejercicio o la

realización de prácticas monopólicas anticompetitivas, o el desplazamiento u obstrucciones indebidas de otros competidores en la prestación del servicio público de transportación aérea.

Debido al tipo de economía en México, la Comisión no analiza las concentraciones con base únicamente en la evaluación numérica del índice de concentración tal como sucede en Europa y Estados Unidos, en donde si dicho índice aumenta en más de un cierto porcentaje, no se permite la concentración. Los criterios que toma en cuenta la Comisión se encuentran en el artículo 18 de la Ley, por lo que se analiza que el resultante de la concentración no tenga poder sustancial en el mercado relevante.

Para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de la Ley, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos del artículo 18:

I.- El mercado relevante, en los términos prescritos en el 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, el grado de concentración en dicho mercado; y

III.- Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el reglamento de esta ley.

De acuerdo con el orden de los elementos descritos se procederá a analizar el mercado relevante en los términos prescritos en el artículo 12 de la Ley, posteriormente se analizarán los elementos restantes.

A) Determinación del mercado relevante

De conformidad con el artículo 12 de la Ley Federal de Competencia Económica, la Comisión estudia en conjunto el mercado en el cual el producto es comercializado o se presta el servicio y el lugar en donde el agente económico opera. De esta manera, el mercado del producto o el servicio significa la sustituibilidad del bien, es decir, la

existencia o disponibilidad de otros productos o servicios, incluyendo los costos de transportación, distribución e insumos, las preferencias de los consumidores y la probabilidad de que busquen satisfactores para bienes o servicios en otros mercados, la existencia de barreras y tarifas mercantiles y de otras restricciones regulatorias que limiten el acceso de usuarios a fuentes de abasto alternativas y la participación en el mercado del agente económico de que se trate y la de sus competidores. El mercado geográfico se refiere a la zona donde se comercializa el producto en términos monopólicos o restrictivos de competencia (esta zona varía de tamaño dependiendo del producto y del agente económico).

La naturaleza jurídica de los servicios que prestan Aeroméxico y Mexicana de Aviación permitirá desentrañar algunos elementos para la determinación del mercado relevante.

La actividad que realizan ambas empresas es la prestación del servicio público de transportación aérea de personas y de carga. De conformidad con la Ley de Aviación Civil⁷¹ se ubica en las fracciones que se transcriben a continuación y que comprenden el artículo 2o. del citado ordenamiento:

X.- Servicio al público de transporte aéreo: el que se ofrece de manera general y que, en términos de la presente Ley, incluye el servicio público sujeto a concesión, así como otros servicios sujetos a permiso.

XI.- Servicio de transporte aéreo regular: el que está sujeto a itinerarios, frecuencias de vuelo y horarios;

XII.- Servicio de transporte aéreo nacional: el que se presta entre dos o más puntos dentro del territorio nacional.

Asimismo, el artículo 9 de la Ley de Aviación Civil plantea que se requiere de concesión que otorgue la Secretaría para prestar el servicio público de transporte aéreo nacional regular.

⁷¹ Ley de Aviación Civil, promulgada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de mayo de 1995, para entrar en vigor al día siguiente de su publicación.

El servicio que prestan Aeroméxico y Mexicana de Aviación reúne las siguientes características:

Es un servicio público de transporte aéreo, regular, nacional, que requiere de una concesión que otorga la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Aeroméxico y Mexicana de Aviación, además de brindar el servicio público de transporte aéreo nacional regular, prestan el servicio público de transporte aéreo internacional regular. Sin embargo para el presente estudio se limitará el mercado relevante al servicio público nacional regular, por las siguientes consideraciones:

1.- Para la prestación del servicio público de transportación aérea regular nacional, que se presta entre dos o más puntos dentro del territorio nacional, sujeto a itinerarios, frecuencias de vuelo y horarios, se requiere de una concesión que otorga la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la cual sólo se otorga a personas morales mexicanas de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Aviación Civil. Las personas morales extranjeras únicamente están facultadas para prestar el servicio regular internacional en nuestro país y no pueden obtener concesión que les permita prestar el servicio nacional regular. La participación de Aeroméxico y de Mexicana de Aviación en el servicio internacional regular se debe considerar un mercado diferente, por sus características especiales, al del servicio nacional regular.

2.- No es posible la sustitución del servicio de transporte aéreo nacional regular por el servicio internacional regular porque existen restricciones en la legislación federal que impiden el acceso a los usuarios a otros servicios alternativos, tampoco es posible la sustitución del servicio que prestan Aeroméxico y Mexicana de Aviación por el servicio nacional no regular. Asimismo, por las características inherentes al servicio de transporte aéreo como la rapidez de traslado de un lugar a otro, la comodidad y seguridad resulta difícil encontrar algún sustituto en los diferentes medios de transporte.

Por lo que respecta al ámbito geográfico del mercado relevante, la Comisión Federal de Competencia ha manifestado lo siguiente:

En el sentido más amplio, la concentración se relaciona con la oferta de servicios de transporte. Sin embargo, su mercado relevante se limita a los servicios de transporte aéreo regular de carga y de pasajeros, dada la lejana sustituibilidad entre este medio y los demás modos de transporte. El límite máximo de la dimensión geográfica de dicho mercado corresponde al territorio nacional, dada la participación marginal de Aeroméxico y Mexicana de Aviación en el mercado internacional.⁷²

Cuando se refiere al ámbito espacial o dimensión geográfica del mercado relevante, parecería que la Comisión determinó el límite geográfico del mercado relevante al servicio nacional, con base en la poca o casi nula participación de ambas empresas en el mercado internacional. Sin embargo, la razón, principal de limitar geográficamente el mercado relevante al servicio nacional regular es por tratarse de diferentes mercados en los cuales no existe posibilidad de competencia, no por el porcentaje mínimo de participación de ambas empresas en el mercado internacional.

De esta forma, se concluye que el mercado relevante se limita al servicio público de transportación aérea de personas y de carga, nacional y regular.

B) Determinación del poder sustancial en el mercado relevante

Por lo que se refiere al artículo 13 de la Ley de Federal de Competencia Económica, la Comisión determina si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado tomando en cuenta su participación en el mercado relevante y su capacidad para fijar precios unilateralmente o para restringir sustancialmente la oferta de productos dentro del mercado relevante, sin que sus competidores puedan contrarrestar tal ventaja. Asimismo, considera la existencia de barreras para la entrada al mercado, el poder mercantil de los competidores, el curso reciente de la conducta del agente económico en el mercado y el grado de posicionamiento de los bienes en el mercado relevante, así como la falta de acceso a importaciones o los costos elevados de internación y la presencia de

⁷² "Reestructuraciones para enfrentar la crisis" Op. Cit., Supra. (47).

diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

Para la determinación del poder sustancial de los actores en la concentración en análisis, se citará como antecedente a los agentes económicos que en el año de 1995 competían en el mercado relevante del servicio regular nacional. De esta forma se puede afirmar que Aerocalifornia, Aeroméxico, Aviaca, Mexicana, Taesa y Saro eran las únicas empresas con una concesión para la prestación del servicio nacional regular.

Por lo que se refiere a la participación de Aeroméxico y Mexicana de Aviación en el mercado relevante, el poder sustancial que representan y las condiciones de competencia en este mercado se puede afirmar lo siguiente:

- Al momento de presentar la notificación ante la Comisión para la conformación de Cintra, la participación de ambas empresas en el renglón de pasajeros transportados era del 73.4%⁷³ la cual ha crecido hasta representar el 80% de los pasajeros transportados actualmente.⁷⁴

En opinión de la Comisión Federal de Competencia, la ganancia de casi 6.6 puntos porcentuales que ha obtenido el binomio representado por Aeroméxico y Mexicana de Aviación se debe a que, por un lado Saro (que dejó de operar) y Taesa perdieron 10.5 puntos porcentuales de participación, mientras que por el otro, Aviaca y Aerocalifornia aumentaron su participación 4.8 puntos porcentuales.⁷⁵

- Asimismo, en el Informe de Competencia Económica de 1997 se afirma que el índice de dominancia, indicador cuantitativo que utiliza la Comisión para evaluar el nivel de concentración en los mercados, pasó de 0.91 en 1994, a 0.96 en 1997 en el renglón de aerolíneas regionales.⁷⁶ Este índice tiene un valor de uno cuando no existe competencia, lo que muestra las condiciones de mercado de la industria actualmente y la tendencia que se ha presentado desde hace algunos años a reducir la competencia.

⁷³ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial" Op. Cit., Supra. (58)

⁷⁴ "Líneas aéreas" Op. Cit., Supra. (55).

⁷⁵ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial" Op. Cit., Supra. (58)

⁷⁶ Ibidem.

•Por otro lado, en 1996 Cintra tenía una participación superior al 70% en 34 de las 54 rutas más importantes del mercado nacional. En este año, 37 rutas ya alcanzan un porcentaje superior al 70 %.

•De un total de 213 aeronaves de las aerolíneas nacionales en 1996, a Cintra correspondían 133. En 1997, la flota comercial del país aumentó a 217 unidades, con un incremento de 11 unidades en la flota de Cintra y una disminución de 7 en las de sus competidores. Cintra contó así con 2/3 partes de la flota nacional en ese año.⁷⁷

Por otro lado, cabe mencionar la existencia de ciertas barreras de entrada que limitan de manera importante la disputabilidad del mercado. En efecto, la Comisión detectó restricciones legales, regulatorias y administrativas, entre las que destacan:

•En México, el servicio de transporte aéreo punto a punto está reservado por Ley a las aerolíneas nacionales. Además, la participación directa del capital extranjero está limitado al 25% en las empresas aéreas mexicanas. La participación actual del capital extranjero, sin embargo, no es significativa de conformidad con el Informe de la Comisión.⁷⁸

•Los tratados bilaterales firmados por México determinan que las aerolíneas de cada país sólo pueden realizar vuelos internacionales, limitando el número de aerolíneas por par de ciudades y la frecuencia de los vuelos. Estos convenios excluyen los servicios de cabotaje.

•En los principales aeropuertos, los servicios complementarios o de apoyo en tierra son proporcionados por una sola empresa, Seat, subsidiaria de Cintra y de la cual son accionistas Aeroméxico y Mexicana. Asimismo los pasillos telescópicos son administrados por sólo un concesionario, Remaconst. No existen reglas para asegurar que estos servicios puedan contratarse con principios de equidad y no discriminación.

•No existe regulación para determinar que los sistemas globalizadores de reservaciones impidan discriminar a las empresas de

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

aviación no asociadas con ellos.

• Como se aclaró, para prestar el servicio público de transporte aéreo nacional regular se requiere de una concesión que otorga la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. La Ley de Aviación Civil señala que el concesionario debe acreditar su capacidad financiera, técnica, jurídica y administrativa ante la Secretaría de Comunicaciones y Transportes a nivel reglamentario; en opinión de la Comisión, se observa discrecionalidad en la aplicación de la Ley. En la práctica, esto podría convertirse en una fuente de incertidumbre para empresas potenciales y, así, en una barrera efectiva de entrada al mercado.

• Por otra parte, la Ley de Aviación Civil plantea que para operar una nueva ruta, las aerolíneas requieren autorización de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Con base en opinión de la Comisión, el mecanismo de autorización es discrecional e incluso otorga a la autoridad capacidad para negar la ruta solicitada, señalando simplemente que ésta se encuentra debidamente servida.

• En el comité de horarios del aeropuerto de la ciudad de México se asignan los horarios en disputa mediante el criterio de antigüedad, con desventaja para las nuevas empresas.

Según información publicada por la Comisión Federal de Competencia,⁷⁹ el poder sustancial que detenta Cintra en el mercado relevante y la existencia de barreras de entrada, le ha permitido realizar ciertas conductas anticompetitivas detectadas por la Comisión.

C) Detección de ciertas conductas anticompetitivas

a) La posición dominante de Cintra le permite aumentar las tarifas aéreas, y en la medida que aumenta la participación conjunta de las aerolíneas de Cintra en el mercado relevante, la tarifa se incrementa en 0.52 puntos porcentuales.

b) Así, la posición dominante detentada por Cintra permite a sus subsidiarias, al no competir entre sí, fijar tarifas superiores en ciertas rutas,

⁷⁹ Ibid.

hasta en 40% respecto de las que prevalecerían en condiciones de competencia efectiva.

c) Se han identificado pares de ciudades donde se observan tarifas que pudieran reflejar abuso de poder de mercado. Esta situación se ha detectado en algunas rutas como: México-Bajío, México-Tampico, México-Aguascalientes, Monterrey-Chihuahua, México-Matamoros y otras turísticas como México-Veracruz, México-Zihuatanejo, México-Puerto Escondido y México-Huatulco.

La función de vigilancia realizada por la Comisión en cuanto a las prácticas antimonopólicas que se han detectado, resulta indispensable para reducirlas y evitar prácticas monopólicas absolutas como la fijación de precios o la división de mercados, las cuales sin duda agravarían la situación actual del mercado.

De conformidad con los artículos 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica y con este último apartado, se puede concluir lo siguiente:

a) La concentración de Aeroméxico y Mexicana en mayo de 1995 presentaba un alto grado de integración horizontal y vertical.

b) A lo largo de los años en que ha funcionado Cintra, se ha incrementado su poder sustancial en el mercado, reflejado en el porcentaje de participación que ha llegado a ocupar de 80%, asimismo cuenta con las 2/3 partes de la flota nacional y representa un porcentaje superior al 70% en 37 de las 54 rutas más importantes del país.

c) Existen ciertas barreras de entrada que limitan la disputabilidad del mercado como restricciones legales, regulatorias y administrativas.

d) En tanto que se ha restablecido la viabilidad económica de Aeroméxico y Mexicana, el proceso de competencia en el mercado ha sufrido un deterioro, aunque el hecho no es totalmente imputable a Cintra. Sin embargo, de las seis empresas que prestaban el servicio nacional regular en 1995, actualmente sólo quedan cinco, de las cuales dos empresas son Aeroméxico y Mexicana y las tres restantes han sufrido deterioros en su situación económica y su participación en el mercado.

Desde el año de 1995, el binomio Aeroméxico y Mexicana de Aviación se podía calificar con poder sustancial dentro del mercado relevante, el cual se ha incrementado a partir de la conformación de Cintra.

El análisis jurídico quedaría incompleto si se limitara al estudio de la concentración de Aerovías de México y Mexicana de Aviación a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica. En el siguiente apartado se analizará la concentración desde la perspectiva del servicio público que prestan ambas empresas para llegar a las conclusiones finales de este trabajo.

6).- Análisis jurídico de la concentración entre Aerovías de México y Mexicana de Aviación desde el punto de vista del servicio público que prestan

De conformidad con la Ley de Aviación Civil, la actividad que llevan a cabo Aeroméxico y Mexicana de Aviación es un servicio público que se presta a través de la figura de Derecho Administrativo denominada "concesión". Así se presentarán algunas consideraciones en torno a estos conceptos.

Cabe señalar que los fines que pretende el Estado se persiguen y se alcanzan mediante la realización de diversas actividades que la doctrina recoge y en una de sus clasificaciones distingue cuatro tipos: las funciones públicas, los servicios públicos, las actividades de interés público y las actividades económicas simples.

Los servicios públicos constituyen actividades muy relevantes, en muchos casos atribuidas a la administración pública, quien las lleva a cabo directa o indirectamente por medio de particulares, para satisfacción de necesidades de carácter general, bajo un régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado.

Según opinión de Jorge Fernández Ruiz el incremento de las actividades del Estado se debió, entre otras causas, al advenimiento de los servicios públicos, ya sea por su prestación directa de parte de la administración pública, o por el control y vigilancia que ejerce sobre ellos

cuando se trata de servicios concesionados.⁸⁰

Igualmente contribuyó, al crecimiento de las actividades estatales el surgimiento de las actividades llamadas de interés público, susceptibles de distinguirse en dos clases: las que carecen de prestación de servicio al público con carácter prioritario dadas las áreas estratégicas a que se refieren tales como la extracción de hidrocarburos y minerales radiactivos, *generación de energía nuclear y fabricación de armamento*, entre otras.

La segunda clase de actividades de interés público, agrupa a las que entrañan la prestación de servicios de interés público también conocidas como servicios públicos impropios, o impropriamente dichos, o como algunos las denominan servicios públicos virtuales o servicios reglamentados. Aún cuando la prestación no está atribuida a la administración pública, ésta puede participar. Además, dado el régimen jurídico especial a que se sujetan, le compete expedir los permisos o licencias para que los particulares los atiendan; y, en todo caso, le corresponde vigilar y controlar el establecimiento y operación de estos *cuasi servicios públicos*.

Fernández Ruiz afirma que en la actualidad se advierte una tendencia eufórica universal de reprivatización al amparo de la divisa neoliberal de adelgazar al Estado, la cual se sigue irreflexiblemente en muchos países, bien por sentido de imitación o por presiones de los organismos financieros internacionales controlados por los Estados poderosos.⁸¹

Conviene considerar qué tan oportuno resulta que el Estado empresario crezca desmesurada e improvisadamente, lo mismo para producir pulque, pantalones, bicicletas, *energía eléctrica y petróleo*, que para administrar cantinas, centros nocturnos y hoteles, o para prestar servicios públicos de educación, de banca y crédito, de transporte, de suministro de agua potable, y de seguridad social, por ejemplo. Asimismo, que tan adecuado es que el Estado vuelva a enfundarse en el uniforme de gendarme y se desentienda no sólo de las actividades económicas simples y de las de interés público que no debió asumir nunca, por ser atendibles a

⁸⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1995, pág. 83.

⁸¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra (80) pág. 87

través de los particulares, sino de servicios públicos en estricto sentido y de otras actividades estratégicas, y hasta de funciones públicas que por su naturaleza no deben delegarse. A este respecto, cabe recordar la penosa experiencia sufrida por Aeroméxico y Mexicana de Aviación con la administración del Estado. Como consecuencia de los vuelos por compromisos políticos, el aumento de contratos colectivos, la multiplicación del número de empleados y el envejecimiento de refacciones y equipo aéreo, llevaron a la quiebra de la primera y a colocar en serios problemas financieros a la segunda, demostrando así la incapacidad del Estado para administrar estas empresas.

Por tanto, debe buscarse el justo medio entre el solidarismo social desmesurado y el *laissez faire, laissez passer*, para que el Estado permita al individuo su cabal desarrollo personal, con irrestricto respeto a su dignidad y por ende a sus derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos y sociales, sin descuidar los de la llamada tercera generación.

Para entender el alcance e implicaciones del servicio público concesionado, se plantearán los conceptos desarrollados por Jorge Fernández Ruíz en su obra Derecho Administrativo (Servicios Públicos),⁸² los cuales permitirán comprender más a fondo las implicaciones jurídicas de este caso de concentración.

A) Servicios públicos propios e impropios.

Nadie discute la obligación estatal de velar por la satisfacción de las necesidades de carácter o interés general, lo cual no significa que sea el propio Estado quien la realiza, sino conjuntamente con los particulares.

a) Servicio público propio

Se entiende por servicio público propio o propiamente dicho el que satisface necesidades de carácter general y el Estado o el municipio lo brinda, ya sea directamente por medio de sus órganos centrales de gobierno o mediante la administración paraestatal o paramunicipal, como indirectamente a través de particulares a quienes se delega la prestación del servicio.⁸³

⁸² Fernández Ruíz, Jorge, Op. Cit., Supra (80)

⁸³ Fernández Ruíz, Jorge, Op. Cit., Supra (80) pág. 87.

En el servicio público propio se atiende una actividad (no esencial del Estado) satisfactoria de una necesidad de carácter general, atribuida por ley a una persona de derecho público, sin perjuicio de que el desempeño de tal actividad pueda o no ser delegada a particulares, por medio de algún mecanismo de la descentralización administrativa por colaboración como la concesión de servicio público.

En la práctica se advierte que no existe más servicio público propiamente dicho, o sea servicio público propio, que el determinado por la ley.

A este respecto, recuérdese lo que establecen los párrafos décimo y décimo primero del artículo 28 Constitucional:

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."

Los párrafos transcritos determinan el fundamento constitucional para que Aeroméxico y Mexicana de Aviación puedan prestar el servicio público que llevan a cabo a través de las respectivas concesiones otorgadas en su favor. Asimismo, se destaca el interés general inmerso al concesionar un servicio público y por tal motivo se deberá asegurar la eficacia de la prestación del servicio a través de las leyes, la utilización social de los bienes, y sobre todo evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

b) Servicio público impropio

La prestación del servicio público debe quedar a cargo, directa o indirectamente, del Estado. Como diversas necesidades de carácter general, son satisfechas por particulares mediante actividades a todas luces constitutivas de servicios para cuya prestación la autoridad competente no sólo otorga permiso o autorización sino sujeta a reglamentación específica, la propia doctrina ha acuñado diversas denominaciones entre las cuales destaca la de “servicios públicos impropios” según Rafael Bielsa.⁸⁴

Servicios públicos impropios son aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede.

c) Características que distinguen al servicio público propio del impropio

El servicio público propio se define por ser creación de la ley y estar atribuido al Estado; concretamente a la administración pública (en opinión de algunos autores), quien lo desempeña directamente por sí o indirectamente por medio de particulares con algún mecanismo de delegación como el régimen de concesión.

Por su parte el impropio se diferencia del propio al no ser una creación de la ley, sino derivada de un permiso o autorización que otorga la autoridad competente la cual destraba el ejercicio de un derecho individual limitado. También al tratarse de una actividad destinada al público no reservada a la administración pública o al Estado, pero sujeta a una reglamentación y vigilancia del poder público incluye la determinación unilateral de una tarifa de carácter obligatorio para la prestación del servicio.

De acuerdo con los conceptos mencionados, el servicio público aéreo nacional regular es un servicio público propio porque satisface necesidades de carácter general, creado por la Ley de Aviación Civil, atribuido al Estado quien lo desempeña indirectamente a través de particulares mediante un mecanismo de delegación denominado concesión.

⁸⁴ Bielsa, Rafael, *Ciencia de la Administración*, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, Argentina, 1937, pág. 63.

B) Caracteres esenciales del servicio público

Fernández Ruíz afirma que la doctrina menciona de manera casi unánime como características esenciales del servicio público a la generalidad, la uniformidad, la regularidad y la continuidad. Además, algunos autores señalan la obligatoriedad, la adaptabilidad, la permanencia y la gratuidad.⁸⁵

Asimismo, que en opinión generalizada de la doctrina, el Estado tiene la obligación de asegurar que el servicio público revista tales rasgos distintivos o características jurídicas esenciales para garantizar la satisfacción idónea de la necesidad pública o general en cualquier caso en que se individualice. Como apunta Marcel Waline.⁸⁶

El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, la última ratio del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla.

Esos caracteres jurídicos resultan esenciales para el servicio público, al grado que sin ellos no puede ser público el servicio.

a) Generalidad o universalidad

El servicio público está destinado al público, con el propósito de satisfacer una necesidad de carácter general; quienquiera que tenga la necesidad que está encaminada a satisfacer un servicio público tendrá derecho a él, siempre y cuando satisfaga los requisitos legales correspondientes merced a la mencionada característica de generalidad o universalidad.

Todo ser humano tiene derecho a usar el servicio público sin más límite que el impuesto por la capacidad de prestación del propio servicio, de esta forma el servicio público se brinda a todos y no discrimina a determinadas personas.

⁸⁵ Fernández Ruíz, Jorge, Op. Cit., Supra (80) pág. 115.

⁸⁶ Marcel Waline citado por Fernández Ruíz, Jorge, Op. Cit., Supra (80) pág. 115

En el caso en el cual la demanda de un servicio público supere el volumen de su oferta, los usuarios deben admitir indiscriminadamente en el orden en que se presenten a usar o solicitar el servicio, hasta donde su capacidad alcance.

Hablar de la característica de generalidad del servicio público se refiere a la prestación indiscriminada para todos los usuarios potenciales que cubran los requisitos legales correspondientes.

b) Uniformidad o igualdad

De acuerdo con su carácter esencial de igualdad, en todo cuanto se refiere a cargas y beneficios el servicio público habrá de prestarse de manera uniforme, de igual modo a todos los usuarios, o sea, sin discriminación alguna, lo cual no es óbice para determinar distintos niveles o categorías del servicio, acordes con tarifas diferenciadas, con base en el principio de otorgar trato equitativo a todos los usuarios que se encuentren en el mismo nivel o categoría.

El carácter de igualdad o uniformidad no impide establecer distintas modalidades o categorías, en algunos casos con tratamiento, condiciones y tarifas distintas; es decir, con diferenciación.

Por ejemplo, en el transporte de pasajeros suele haber diferentes categorías, con atención y tarifas distintas pero iguales para todos los pasajeros de cada categoría.

Fernández Ruíz cita una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma a la dignidad humana... Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen

*la justicia.*⁸⁷

No habrá pues discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo siempre y cuando esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes que expresen de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón. Vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

c) Regularidad.

El surgimiento de la noción del servicio público contribuyó en buena medida a la quiebra de la idea secular que erigía la voluntad de las partes en máxima ley de los contratos, por sustraer del ámbito del consenso de los contratantes del servicio, aspectos fundamentales como horario, condiciones técnicas, medidas de seguridad y tarifa, los cuales no son materia de negociación de las partes, sino predeterminados unilateralmente por la autoridad competente y, por tanto, sujetos a una regulación jurídica exorbitante del derecho privado.

A este respecto cabe emitir algunos comentarios en torno al análisis de la concentración de Aeroméxico y Mexicana de Aviación. A principios de 1991, se inició una tendencia de desregulación en la industria de la aviación en el país, posiblemente retomada de las tendencias desregulatorias presentadas en la aviación internacional y específicamente de la desregulación de los Estados Unidos la cual comenzó en el año de 1978. Como consecuencia de la desregulación se promulgó la Ley de Aviación Civil que entró en vigor el 13 de mayo de 1995 y en la que se reflejan ciertos caracteres de la tendencia desregulatoria implementada por el Estado Mexicano, destacando lo siguiente:

1.- Se permitió la entrada de nuevos competidores, estableciendo

⁸⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada por Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág. 121.

que los interesados en obtener un título de concesión debían acreditar su capacidad técnica, financiera, jurídica y administrativa, además de otros requisitos. Esto permitió que entraran al mercado nuevos competidores con mayor facilidad.

2.- Se determinó que los concesionarios o permisionarios fijaran libremente las tarifas por los servicios con el único requisito de que las tarifas debían registrarse ante la Secretaría para entrar en vigor. Esta medida trajo como consecuencia que las aerolíneas entraran en una agresiva guerra de tarifas, de la cual saldrían beneficiadas las aerolíneas más fuertes, y que aunado a otros factores ocasionó la salida o pérdida de participación en el mercado relevante de algunos competidores.

Las medidas implementadas por el Estado, reflejadas en la Ley de Aviación Civil, se derivaron de las tendencias económicas internacionales, sin considerar la situación jurídica y real del país. Además, permitió que la voluntad de las partes prevaleciera por encima del interés general que debe ir aunado a la prestación del servicio público, dejando a un lado el papel de la autoridad de regular unilateralmente este tipo de factores para salvaguardar el interés público.

El servicio público está sujeto a una regulación jurídica exorbitante del derecho privado. Cuando su prestación se realiza con estricto apego a esa regulación, se dice que el servicio público es regular porque, como hace notar Serra Rojas,⁸⁸ merced a ese carácter de regularidad:

...el servicio se realiza de acuerdo con las condiciones establecidas por la Ley, es decir, medir, ajustar o computar el servicio por comparación o deducción. El servicio debe manejarse conforme a reglas.

La finalidad del servicio público de satisfacer una necesidad de orden general sería incumplible si su funcionamiento no se apega a la regulación prestablecida, es decir, si es irregular. Como observa Villegas Basavilbaso:

La regularidad -como carácter del servicio

⁸⁸ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit., Supra (4) pág.109.

*público- se vincula especialmente con los reglamentos generales del servicio, reglamentos de orden interno que constituyen normas administrativas para su funcionamiento.*⁸⁹

La regularidad conviene resaltarlo, es un carácter esencial del servicio público, distinto al de continuidad, al cual se asocia fuertemente. Gracias a la regularidad, el servicio público se presta en adecuadas condiciones de funcionamiento. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general, uniforme y continuo pero irregular, o sea, anómalo y deficiente.

Evidentemente, en la irregularidad del servicio, además de la responsabilidad del prestador, también puede ser responsable la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. El usuario del servicio puede intentar acción legal contra uno y otro, en caso de irregularidad.

d) Continuidad

El carácter jurídico, esencial por antonomasia, del servicio público es la continuidad, la cual no debe ser interpretada en su significado literal de absoluta no interrupción, sino en el contexto de la necesidad de carácter general que se encarga de satisfacer un servicio público dado. Habrá de entenderse por continuidad, la oferta permanente y correlativa posibilidad constante de usar un servicio público dado, dentro de los horarios y bajo las condiciones y términos señalados expresamente en su normativa reguladora.

Como consecuencia, un servicio público urbano de transporte, por ejemplo, puede considerarse continuo si se presta de acuerdo con los términos oficialmente aprobados con una frecuencia determinada en una ruta específica dentro de cierto horario, por ejemplo de las 5 a las 23 horas.

La continuidad, por tanto, riñe con la interrupción del servicio público sin importar que ésta sea imprevista o accidental. Al producirse la interrupción, resulta muy difícil satisfacer la necesidad general

⁸⁹ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, t.III, pág.61

correspondiente, por lo que quienes sienten *individualizar dicha necesidad* sufren perjuicios que lastiman sus derechos humanos con la cesación de la actividad satisfactora que el Estado tiene la obligación de asegurar, regular y controlar.

Fernández Ruíz afirma que por referirse los servicios públicos a las actividades cuya realización resulta indispensable para el desarrollo idóneo de la convivencia humana, el acceso de su aprovechamiento se inserta en el ámbito de los Derechos Humanos que resultan vulnerados cuando se interrumpen los servicios de seguridad pública, de transporte público, de educación primaria o de seguridad social. Por ejemplo, al violarse derechos individuales y colectivos como el derecho a la seguridad, la libertad de tránsito (al carecer de medios de transporte), el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social, en los casos concretos señalados.⁹⁰

Al permitir la concentración de Aeroméxico y Mexicana de Aviación, la Comisión Federal de Competencia se pudo haber planteado situaciones propias del carácter de continuidad del servicio público al considerar que, de no autorizar la concentración de ambas empresas y permitir su reestructuración financiera, se pondría en peligro la oferta permanente requerida para satisfacer la necesidad de carácter general de *transportación aérea de personas*.

e) Obligatoriedad

Es un deber ético del Estado la satisfacción de sus fines insoslayables, entre los cuales figura la satisfacción de las necesidades de carácter general, cada una de las cuales es la suma de un número importante de *necesidades individuales iguales*. Ahora bien, como la satisfacción de las primeras sólo se logra mediante la prestación de los servicios públicos, resulta indiscutible el deber del Estado de asegurar su prestación, de donde se infiere el carácter esencial de la obligatoriedad del servicio público respecto del Estado.

La obligación a cargo del Estado de asegurar en cada caso la prestación de los servicios públicos correspondientes surge ya sea a través

⁹⁰ Fernández Ruíz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág.124

de la actuación de la Administración pública, o mediante actividades de los particulares realizadas bajo el régimen de concesión o de permiso.

En otro aspecto, la obligatoriedad del servicio público se manifiesta en el deber que tiene el prestador de realizarlo a partir de la fecha y por todo el tiempo que se prevengan en la ley, concesión o permiso correspondientes.

f) Permanencia

La permanencia atañe a la obligación del Estado para asegurar la prestación del servicio mientras subsista la necesidad de carácter general que motiva su instauración.

Además, la permanencia entraña también un deber del Estado por el cual, una vez instaurado el servicio público no puede suprimirse mientras subsista la necesidad de carácter general para cuya satisfacción fue creado. El Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de su población y, por tanto, de asegurar la prestación del servicio, por todo el tiempo que se requiera.

g) La adaptabilidad

Otro de los caracteres que algunos autores señalan como esenciales del servicio público es el de su mutabilidad o adaptabilidad con el fin de mantener su regulación y su prestación de acuerdo con la evolución de la necesidad de carácter general que satisface, así como con el desarrollo de la tecnología utilizada en su funcionamiento.

La adaptabilidad del servicio público consiste en la posibilidad permanente de modificar su regulación en aspectos que atañen al prestador del servicio, al usuario o a ambos en los rubros administrativos, operativos, financieros, tecnológicos y de mantenimiento en aras de corregir deficiencias o de incrementar la eficiencia y seguridad del servicio. La falta de adaptación del servicio público a las nuevas circunstancias en que se desenvuelve es responsabilidad del poder público.

Con base en el carácter de adaptabilidad, Fernández Ruiz cita el caso del Consejo del Estado francés, en el arret del 11 de marzo de 1910

relativo a la Compañía General de Tranvías, el cual determinó la obligación del concesionario del servicio público de aceptar las modificaciones ordenadas en interés general por la autoridad concedente, aun en el caso de contravenir los términos de la concesión. Por ello, a la autoridad concedente le asistió el derecho de exigir a la concesionaria un aumento de su material rodante y un incremento en la frecuencia de paso de los tranvías ante la creciente demanda de utilización del servicio.⁹¹

h).- La gratuidad

Como señala Fernández Ruiz, en algunos casos el acceso al servicio público es gratuito como en la educación primaria; en otros, como en el transporte resulta oneroso y por tanto se cobra una cuota o tasa señalada en una tarifa predeterminada unilateralmente por la autoridad competente. Empero, la gratuidad del servicio público no estriba en que su uso sea gratuito, sino en que su prestación se realice sin propósito de lucro.⁹²

Desde luego los servicios públicos gratuitos revisten el carácter de gratuidad que también ostentan los onerosos prestados sin ánimo de lucro, pese a que en ellos se cobre una cuota de recuperación encaminada a cubrir total o parcialmente los costos del servicio.

Evidentemente los servicios públicos a cargo de los particulares, bien bajo el régimen de concesión en el caso de los propiamente dichos, ya sea mediante permiso, licencia o autorización tratándose de los impropios o virtuales, se prestan con el obvio propósito de lucro que caracteriza a la empresa privada, por cuya razón es inadmisibile la gratuidad como carácter esencial del servicio público, habida cuenta que todo el prestado por la empresa privada -salvo alguna excepción de beneficencia privada- tiene fines de lucro.

Precisamente para contener o frenar los afanes de lucro de la empresa privada, el servicio público se sujeta a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que permite al poder público fijar unilateralmente sus tarifas, como explica García Oviedo en los siguientes términos:

⁹¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág. 131

⁹² Ibidem.

Este caracter del servicio público nos permite concluir que la regla general es que la autoridad determine unilateralmente las tarifas de aquellos servicios considerados como onerosos como es el caso del servicio público de transportación aérea y que por tal motivo, el hecho de que la Ley de Aviación Civil permita a los concesionarios fijar libremente las tarifas, va en contra del caracter de gratuidad del servicio público.

Otra de las consecuencias derivadas del caracter de gratuidad es el imponer una restricción a los particulares que son titulares de una concesión, para que la prestación del servicio se realice sin un propósito de lucro, es decir que la tarifa que se imponga sea suficiente para cubrir los costos del servicio y proporcionar una ganancia mesurada al concesionario y no así, con un propósito de lucro pretender una ganancia exorbitante, a costa de los usuarios.

Por esta circunstancia, en la organización económica de los servicios públicos, el Estado se reserva explícitamente el derecho de fijar el máximo de las tarifas y de no tolerar la alteración de las mismas, rebasando el límite señalado sin autorización previa. El acto de fijación de la tarifa de uso de los servicios públicos es unilateral y de soberanía para armonizar los intereses de los usuarios y empresarios, y sobre todo, velar por las conveniencias públicas.

Con lo expuesto hasta aquí, se han descrito los principales caracteres del servicio público, y se ha determinado que no son utilizados únicamente por la doctrina para comprender su alcance e implicaciones, sino que tienen una aplicación práctica en el Derecho. De esta forma algunos de los caracteres mencionados han sido recogidos por el legislador en diferentes ordenamientos jurídicos, basta como ejemplo citar algunos preceptos de la Ley de Aviación Civil:

1.- La fracción I del artículo 9 establece que el servicio deberá prestarse en condiciones de calidad, seguridad, oportunidad, permanencia y precio.

2.- El segundo párrafo del artículo 17 determina que los servicios

deberán prestarse de manera permanente y uniforme, en condiciones equitativas y no discriminatorias en cuanto a calidad, oportunidad y precio.

3.- El artículo 25 plantea que la Secretaría, al resolver las solicitudes a que se refieren los artículos 19 a 21 y 24 anteriores, tomará en cuenta, según sea el caso, criterios que fomenten la competencia efectiva, la permanencia, calidad y eficiencia del servicio, así como el desarrollo de los servicios de transporte aéreo.

Así, se puede observar la aplicación práctica que tienen los caracteres del servicio público en la legislación. Se espera que las autoridades correspondientes de la aplicación y vigilancia de los ordenamientos jurídicos en los cuales se regula el servicio público tengan un claro conocimiento sobre el alcance e implicaciones que conllevan sus caracteres, para que mediante su correcta aplicación se proteja el interés general.

C) Los elementos del servicio público

Entre los elementos que configuran el servicio público Fernández Ruiz cita los siguientes: la necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de usuarios potenciales del servicio público, la intervención estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfactora, los recursos empleados en la prestación del servicio, y su régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado.⁹³

a) La necesidad cuya satisfacción se destina el servicio.

La necesidad se puede entender como una carencia insatisfecha. El servicio público nace de la necesidad humana, mas no de cualquiera, sino de la común carencia que tienen muchas personas. Esto no significa que sean todas las de una sociedad pero sí un número considerable que la convierten en una necesidad de carácter general cuya satisfacción se inserta en los fines del Estado, quien tiene el deber ético de asegurar su satisfacción, cuyo cumplimiento se logra precisamente mediante el desarrollo de la actividad técnica que implica la prestación del servicio

⁹³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80), pág. 135.

público.⁹⁴

Toda necesidad general es de interés público. Desde este punto de vista, el interés público es el género y la necesidad general es la especie.

En opinión de Fernández Ruiz,⁹⁵ la necesidad cuya satisfacción constituye la razón de ser del servicio público es de carácter general. Al tratarse de una necesidad individual que se generaliza, adquiere carácter general a fuerza de ser sentida simultáneamente por muchas personas para quienes viene a ser una necesidad común; cada una de ellas puede escindir su necesidad individual, por lo cual la satisfacción puede darse de manera idéntica para todas, a través de la actividad que implica la prestación del servicio público.

En suma: sin una necesidad de carácter general que satisfacer, mediante una actividad técnica, no hay servicio público.

b) La actividad destinada a satisfacer la necesidad

En palabras de Jorge Fernández Ruiz⁹⁶ la actividad es un elemento indispensable del servicio público porque sin el desempeño del conjunto de operaciones o tareas que implica, no puede prestarse. Empero, es importante determinar las características o rasgos específicos de tal actividad, toda vez que no puede ser cualquiera.

Hablamos no de cualquier actividad sino de aquella cuya realización requiere un procedimiento o conjunto de procedimientos propios de ciencias, artes, industrias u oficios específicos, así como del empleo de ciertos elementos, como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados. Esto significa que nos referimos a una actividad técnica la cual está diseñada para producir efectos útiles en un ámbito determinado, habida cuenta que la técnica dirige la actividad hacia su fin natural o reflexivo; de ahí que las cosas producidas según las normas de la técnica sean más acabadas y perfectas que las realizadas empíricamente.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág. 138.

De ahí que resulta indispensable una actividad técnica en el caso del servicio público, porque su realización requiere del desarrollo de un conjunto de operaciones o tareas cuya ejecución se sujeta a procedimientos privativos de determinadas artes, ciencias, industrias u oficios, de acuerdo con las características y modalidades particulares de cada servicio público.

El otro factor determinante de la actividad propia del servicio público lo impone su fin, propósito o la finalidad a la que se destina consistente en la satisfacción de una necesidad de carácter general, considerada como una actividad satisfactoria, además de técnica.

La actividad propia del servicio público habrá de ser pertinente, en cuanto al propósito de lograr su fin. Asimismo la actividad habrá de ser capaz, es decir apta, proporcionada y suficiente para alcanzar sus fines; por último, la actividad satisfactoria, elemento indispensable del servicio público, habrá de ser adecuada al servicio público correspondiente.

La actividad, como elemento indispensable del servicio público, debe ser técnica y satisfactoria, por lo cual habrá de ser, además, pertinente, capaz y adecuada para alcanzar el logro de su fin satisfactor. Por tanto no puede prestarse el servicio público sin la realización de la actividad técnica que permita satisfacer de manera pertinente, capaz y adecuada la necesidad de carácter general a que se destina.

Conviene considerar la actividad destinada a satisfacer una necesidad, en relación con los servicios públicos que prestan Aeroméxico y Mexicana de Aviación a través de la controladora de ambas denominada Cintra.

La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio, es la transportación aérea de personas y de carga. De la necesidad de transportación aérea de personas y de carga, se deriva la actividad técnica destinada a satisfacer la necesidad cuya realización implica el desarrollo de un conjunto de operaciones, las cuales se someten a los procedimientos de la industria de la aviación. De esta forma se puede concluir que la actividad destinada a satisfacer la necesidad de transportación aérea de personas y de carga, se debe concretar únicamente al empleo de personal especializado, equipo, instrumentos y materiales. De esta forma en la

medida en que se limite la actividad satisfactora, la operación será pertinente, capaz y adecuada para lograr su fin.

De lo anterior se puede concluir que las actividades de apoyo en tierra y los servicios complementarios proporcionados en aeródromos civiles por la empresa Seat (subsidiaria de Cintra y de la cual son accionistas Aeroméxico y Mexicana), los servicios computarizados de reservaciones aéreas que realizan a través de las empresas Sertel y Sabre, además de otros negocios relacionados con diversas actividades conexas a los servicios aéreos o a sus operaciones no son actividades que directamente tengan como finalidad o cuadyuven a la transportación aérea de personas, razón por la cual lejos de permitir que la actividad sea pertinente, capaz y adecuada para satisfacer la necesidad, incrementan el poder sustancial de Aeroméxico y Mexicana en el mercado relevante. Por otro lado, en los títulos de concesión debe determinarse el objeto de la concesión y aún cuando se desconoce su contenido, se puede suponer que en su objeto se encuentra la transportación aérea de personas, a través del servicio regular nacional. Asimismo, en el artículo 14, fracción IX, de la Ley de Aviación Civil entre las causas de terminación de las concesiones, se establece como causa de terminación el prestar servicios distintos a los señalados en la concesión, motivo por el cual incluso se podría llegar a perder la concesión por la prestación de las actividades de conexas, que no estuvieran especificadas en el título de la concesión.

c) El universo de usuarios potenciales del servicio público

El servicio público tiene como finalidad satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, las cuales constituyen el universo de usuarios potenciales que se convertirán en usuarios efectivos cuando accedan a su beneficio o utilización.

El universo de usuarios potenciales del servicio público es igual a la población localizada en el área de su cobertura, como ocurre en los servicios públicos clasificados como universales.

No obstante, en muchos servicios de los clasificados como *uti singuli* se condiciona el acceso de uso a la satisfacción de determinados requisitos; citaremos el caso del servicio público de transporte aéreo, cuyas normas jurídicas exigen a los usuarios potenciales -para convertirse

en usuarios efectivos-, pagar el precio de su pasaje conforme a la tarifa establecida por la autoridad competente, presentarse a abordar la aeronave con cierta anticipación y abordar la nave aérea desprovistos de armas, explosivos o instrumentos punzocortantes.

d) La intervención estatal

Este elemento se presenta en diversos aspectos que abarcan desde su establecimiento hasta su misma supresión. Así, el Estado está presente en la creación del servicio público, bien mediante la ley que lo establece cuando se trata del servicio público propio, ya por medio del permiso o la licencia o autorización, en el caso del impropio, virtual o servicio reglamentado como también se le suele llamar.

La intervención estatal se realiza también a través del régimen jurídico exorbitante del derecho privado, cuya elaboración e interpretación, así como el control y vigilancia de su aplicación y observancia, competen a sus órganos de gobierno.

Asimismo, se evidencia la intervención estatal en la prestación de los servicios públicos cuando están a cargo de la administración pública.

Igualmente se observa la intervención del Estado en el ámbito del servicio público, a través del otorgamiento de las concesiones para la instalación, funcionamiento y explotación de los propios; o por medio de la expedición de los permisos o de las licencias o autorizaciones para el funcionamiento de los impropios o también de la revocación, cancelación o anulación de las concesiones o licencias, autorizaciones o permisos respectivos.

Otras formas de intervención estatal en el servicio público se advierten en la determinación unilateral de la tarifas aplicables tanto en los servicios públicos onerosos o no gratuitos; así como en la supresión de todo tipo de servicio público, ya por determinación legal que formalmente lo extinga expresa o tácitamente, o por medio de su exclusión del régimen jurídico exorbitante del derecho privado, cuando se trate de los servicios públicos impropios.

La intervención estatal en los servicios públicos se manifiesta

también a través de las acciones encaminadas a asegurar la continuidad y permanencia del servicio; acciones que pueden ser de orden legislativo o administrativo.

Sin la intervención del Estado se perdería el régimen jurídico exorbitante del derecho privado que conlleva al aseguramiento de sus caracteres esenciales, por cuya razón, la intervención es indispensable para la configuración y prestación del servicio público.

e) El sujeto que desarrolla la actividad satisfactoria

Todo servicio público requiere de un sujeto encargado de su prestación, el prestador del servicio sin cuya actuación el servicio no puede funcionar. El sujeto a cuyo cargo esta dicha prestación también viene a ser, indiscutiblemente un elemento indispensable del servicio público, por ser imposible una actividad sin un sujeto que la desarrolle.

Ahora bien, el sujeto a cuyo cargo queda el servicio público puede ser de derecho público o de derecho privado. Es de derecho público cuando el servicio está, por ejemplo, a cargo de un órgano de la administración pública centralizada, de un órgano desconcentrado o una entidad de la mal llamada administración paraestatal. Desde luego, el sujeto prestador del servicio público puede ser de derecho privado, como ocurre en los servicios públicos que operan bajo el régimen de concesión, y en todos los servicios públicos impropios.

f) Los recursos empleados en la prestación del servicio

No es posible la prestación de un servicio público sin destinar los recursos mínimos requeridos los cuales pueden clasificarse como recursos humanos, materiales y financieros.

g) Un régimen jurídico, exorbitante del derecho privado

El servicio público queda sujeto a un régimen jurídico especial el cual a juicio de algunos autores es de derecho público; según otros, es en parte de derecho público y en parte de derecho privado; y en opinión de Fernández Ruiz es un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado porque cuando menos se condiciona su prestación a la obtención

de un permiso o licencia y se sujeta a una tarifa tope.⁹⁷

El régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado encuentra su base fundamental en la desigualdad indiscutible de los principales intereses involucrados en el servicio público, a saber: los intereses de los usuarios cuya necesidad de carácter general es la razón de ser del servicio, los intereses del prestador del servicio, los intereses de la sociedad y los intereses del Estado.

Fernández Ruiz agrega que conviene hacer notar que el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado que rige al servicio público, a pesar de no ser el mismo en todos los casos por adecuarse específicamente a cada uno de ellos, tiene en común ciertos rasgos característicos que lo diferencian de los servicios privados.⁹⁸

Los rasgos característicos del referido régimen jurídico versan sobre la regularidad, la continuidad, la adaptabilidad, la obligatoriedad y el financiamiento del servicio; asimismo, se refieren al poder de policía, al dominio público, a las restricciones al dominio privado, a la expropiación, a las obras públicas y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

i) El poder de policía

Uno de los rasgos característicos del régimen jurídico especial del servicio público, se traduce en la llamada policía de gestión de los servicios públicos cuyas labores pueden clasificarse en tres según se relacionen con los prestadores del servicio, con los usuarios o con los bienes y operaciones del servicio. En cuanto al prestador del servicio, la policía de gestión realiza una labor técnica permanente encaminada a exigir el cumplimiento de la norma vigente en la prestación del servicio.

En relación con el usuario, la policía de gestión se limita a verificar que al elegir el servicio, el usuario cumpla los requisitos conforme a la norma vigente y durante el uso del servicio guarde la actitud y la conducta previstas.

Por cuanto a la operación y a los bienes afectos al servicio, la

⁹⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág. 143.

⁹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág. 144.

policía de gestión se ejerce contra quienes indebidamente tratan de impedir, perturbar o interrumpir la prestación del servicio.

ii) El dominio público

Otro rasgo característico del régimen jurídico especial del servicio público se refiere al dominio público. Resulta fácilmente comprobable que los bienes afectos al servicio público guardan una situación jurídica especial.

Los bienes afectos a los servicios públicos propiamente dichos guardan una situación jurídica especial que, de no existir, posibilitaría la libre enajenación de tales bienes por parte de sus propietarios o su embargo y, en su caso, su remate. Esta situación podría provocar la interrupción o suspensión del servicio público en clara contradicción con sus caracteres esenciales de continuidad y permanencia.

iii) Restricciones al dominio privado

En ocasiones la prestación del servicio público y, por ende, la satisfacción de las necesidades de carácter general que atiende, requiere de la imposición de restricciones y servidumbres al dominio privado mediante las cuales según Bielsa: *se hace retroceder el ejercicio absoluto y exclusivo del derecho de propiedad privada hasta donde lo exija el derecho público, concretado en las necesidades administrativas.*⁹⁹

D) Definición del servicio público

a) Aceptación de servicio

Una de las acepciones de servicio significa acción o acto de servir, o sea, de prestar ayuda, de hacer una cosa en favor o beneficio de otro; Martín Alonso le atribuye la siguiente acepción: *Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada.*¹⁰⁰

⁹⁹ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6^{da.} Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1964, T.III, pág. 381

¹⁰⁰ Alonso, Martín citado por Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Supra (80) pag. 161

Jorge Witker¹⁰¹ afirma: *Los servicios son actividades económicas que dan origen a intangibles o inmateriales de distintos grados de complejidad determinados por el contenido de conocimientos que implican o envuelven.*

Se debe precisar que la actividad relativa al servicio público es técnica en los términos señalados en el párrafo anterior. Para los efectos del servicio público, se considera a la actividad técnica como un nuevo género próximo, de acuerdo con la gran diversidad de actividades técnicas posibles, las cuales podemos clasificar en dos grupos: las que satisfacen necesidades de carácter general y las que no satisfacen estas necesidades; la actividad técnica relativa al servicio público corresponde al primer grupo.

Se aborda la necesidad de carácter general y no de interés general, ni de necesidad colectiva o de carácter colectivo, ni tampoco de necesidad pública, por las razones expuestas, cuando tratamos el tema de los elementos del servicio público que nos motivan a optar por calificar de carácter general a la necesidad motora del servicio público, argumentos a los que nos remitimos para no repetirlos aquí.

b) Definición de servicio público

Para definir el concepto de servicio público, se aborda la definición de Jorge Fernández Ruiz, debido a que toda la exposición relacionada con los servicios públicos, se han seguido los conceptos, clasificaciones y forma de exposición de este autor, razón por la cual la definición que transcribiremos, resume todo lo expuesto hasta aquí, y que en nuestra opinión la técnica de exponer los conceptos y posteriormente presentar la definición, es muy conveniente para alcanzar una mejor comprensión de lo que se quiere definir.

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien

¹⁰¹ Witker, Jorge citado por Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág.162

*mediante particulares facultados para ello por autoridad competente en beneficio indiscriminado de toda persona.*¹⁰²

E) Formas de gestión del servicio público

Los servicios públicos pueden ser prestados por entes de derecho público, por personas de derecho social y por personas de derecho privado, mediante estructuras de organización obviamente distintas.

a) Prestación por entes de Derecho Público

El Estado asume completa y exclusivamente la responsabilidad de la dirección y operación del servicio para lo cual aporta lo necesario, absorbe el déficit o aprovecha los remanentes que, en su caso, resulten, mediante diferentes sistemas o mecanismos de prestación.

Entre las principales formas de prestación del servicio público por instituciones de derecho público, conviene recordar la gestión por medio de la administración pública centralizada; la gestión mediante ente específico pero carente de personalidad jurídica propia como el órgano desconcentrado; la prestación a través de personificación del servicio público a través de la descentralización administrativa por servicio, cuya forma más conocida es el establecimiento público o forma francesa, la cual, con algunas adecuaciones y diferentes denominaciones ha sido adoptada por el derecho positivo de muchos países; y también la prestación por medio de un fideicomiso público.

b) Prestación por personas de derecho privado

La prestación de servicios públicos por medio de particulares se brinda en regímenes jurídicos diferentes según se trate de servicios públicos propios o de servicios públicos impropios.

Los servicios públicos propios o propiamente dichos, están atribuidos al Estado, lo cual no impide que en algunos casos éste transfiera la actividad de su prestación a los particulares mediante diferentes mecanismos como la concesión, la locación, el concierto, la gestión

¹⁰² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra. (80) pág. 162.

interesada.

Para el análisis de la concentración en estudio se puntualizará únicamente la concesión.

La concesión

Bajo el régimen de concesión el servicio público no sale del ámbito de las atribuciones de la administración pública quien, como consecuencia, no pierde su titularidad; de esta manera prestará el servicio indirectamente a través del concesionario quien asumirá los riesgos económicos de la prestación.

En atención a su naturaleza, el concesionario podrá ser una persona física o una persona moral; en este último caso su constitución es otorgada tanto en el derecho privado como en el derecho social, por cuya razón se hace referencia a concesionarios de derecho privado y concesionarios de derecho social; los primeros utilizan para constituirse como personas morales los moldes de las asociaciones y de las sociedades civiles o mercantiles, los segundos emplean las matrices de las sociedades cooperativas.

La concesión constituye una operación mediante la cual un particular se encarga de los gastos, riesgos y peligros, del funcionamiento de un servicio público y, en su caso, de la ejecución de obras públicas, gracias a la transmisión temporal de derechos del poder público, de manera reglamentaria, merced a una remuneración prevista contractualmente, derivada de tasas que está autorizado a percibir de los usuarios del servicio.¹⁰³

F) La concesión del servicio público

La concesión es una figura jurídica que permite al titular de determinadas atribuciones o facultades, o de ciertos bienes o derechos, delegar su ejercicio o aprovechamiento en favor de un tercero.

Genéricamente, la figura jurídica de la concesión comprende actos

¹⁰³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Supra (80) pág. 200.

de diversa índole encaminados a otorgar o transferir derechos a sus beneficiarios, por lo cual en opinión de Fernández Ruiz conviene dividirla y clasificarla para lograr su mejor entendimiento.¹⁰⁴

a) División

En atención al concedente, las concesiones se pueden dividir en administrativas y en mercantiles: las primeras otorgadas por la administración pública, las segundas, las que confieren los particulares.

En razón de los derechos sobre los que versan, las concesiones se pueden separar en constitutivas y traslativas. Mediante las primeras, la administración pública otorga al concesionario un derecho o un poder específico que antes no tenía, como en el caso típico de concesión de uso de un bien del dominio público, en el que se constituye un derecho para que el concesionario use o goce dicho bien. Las segundas, en cambio, transfieren al concesionario derechos propios de la administración pública como ocurre en la concesión de servicio público y en la de obra pública.

b) Clasificación

De las administrativas en cuanto a su objeto, las concesiones administrativas se pueden agrupar en las de servicio público, las de obra pública y las de uso de bienes dominiales; las primeras tienen por objeto satisfacer necesidades de carácter general, las segundas tratan de satisfacer una necesidad pública; las últimas, en cambio, pretenden satisfacer primordialmente la necesidad privada o el interés privado del concesionario.

A la luz de su naturaleza jurídica, la concesión mercantil es considerada como compraventa especial, compraventa con carga, venta con monopolio, venta con suministro y licencia de marca.

c) La concesión administrativa

Las concesiones administrativas, se refieren a las relativas a la transferencia del desempeño de actividades propias de la administración

¹⁰⁴ Fernández Ruiz, Jorge. Op. Cit., Supra (80), pág. 243.

pública a particulares, o a la constitución en su favor de derechos o poderes previstos en el ordenamiento jurídico de los cuales carecían.

La concesión administrativa, concretamente la de servicio público, como forma de gestión se inserta en el esquema de delegación de atribuciones o facultades conocido como descentralización administrativa por colaboración.

d) *La desconcentración por colaboración*

El cúmulo de atribuciones del Estado contemporáneo es de tal magnitud que torna difícil su desempeño con el exclusivo empleo de sus propios medios y recursos, de lo cual se deriva la delegación o descentralización de actividades en favor de particulares. Esto no significa renuncia o abandono de tales tareas, ya que las atribuciones derivadas le siguen asignadas, lo cual impide a los particulares realizarlas sin su previa delegación.

e) *Definición de la concesión de servicio público*

Como un mecanismo de delegación denominada descentralización por colaboración, la concesión de servicio público implica el sometimiento del concesionario al control y a la vigilancia de la administración pública. Esta descentralización, como apunta el maestro Gabino Fraga,¹⁰⁵ constituye una de las formas del ejercicio privado de las actividades públicas y se caracteriza por no formar parte integrante de la referida administración, ya que se efectúa mediante la colaboración de organismos privados que descargan a la administración de una parte de sus tareas sin atenuar de manera apreciable su energía y su autoridad sobre los administrados.

Se puede entender la concesión de servicio público como una cesión temporal de la Administración Pública en favor de un particular, para que se encargue de la prestación, sometido a la regulación, control y vigilancia del poder de policía. Sobre esta figura Georges Vedel define:

La concesión de servicio público es un procedimiento por el cual

¹⁰⁵ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 31ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1992, pág. 209.

*una persona pública, llamada concedente, confía a una persona, física o moral, llamada concesionario, el cuidado de manejar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, mediante una remuneración que consiste habitualmente en las cuotas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio.*¹⁰⁶

f) Naturaleza jurídica de la concesión de servicio público

En opinión de Fernández Ruiz,¹⁰⁷ la teoría de la concesión como un acto mixto parece ser la más aceptable. Ni el acto administrativo ni el contrato -privado o administrativo- explican por sí mismos todos los aspectos del negocio de concesión. En las situaciones referidas a la organización y operación del servicio público se manifiesta como un acto unilateral del poder público, y en otras, como las relativas a la duración de la concesión y ventajas o utilidades del concesionario, se proyecta como un contrato administrativo.

Por consiguiente, la concesión de servicio público guarda una doble naturaleza jurídica al conformarse mediante un acto mixto en parte unilateral y, por tanto, a cargo exclusivamente de la autoridad concedente; y en parte contractual, a cargo del concedente y del concesionario, quienes celebran un contrato de derecho administrativo.

g) Elementos de la concesión de servicio público

Como elementos indispensables de la concesión del servicio público se puede determinar al concedente, al concesionario, al servicio público concedido, y al acto mixto de la concesión, integrado por el acto unilateral del concedente y por el contrato administrativo celebrado por éste y el concesionario.

i) El concedente

Para determinar el órgano del poder público competente, en cada caso, el cual otorga la concesión, conviene recordar que el servicio público es formal y materialmente una creación de la Ley que en cada ocasión definirá si su prestación la asume directamente el Estado o no.

¹⁰⁶ Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, Ed. Aguilar, Madrid, España, 1980, pág. 621

¹⁰⁷ Fernández Ruiz, Jorge, *Op. Cit.*, *Supra* (80) pág. 254.

-Derechos del concedente.

Como el Estado originariamente tiene atribuida la prestación del servicio público, cuando otorga una concesión a un gobernado, conserva sus poderes de control, vigilancia y fiscalización del funcionamiento del servicio, los cuales le permiten cerciorarse de que éste se presta en los términos establecidos en la Ley y en la concesión, aprobar las tarifas aplicables e imponer, en su caso, las sanciones a que se haga acreedor el concesionario incluida la declaración de caducidad de la concesión.

Para garantizar la continuidad y permanencia del servicio público, el concedente, en opinión de muchos autores, tiene el derecho de requisar los bienes y derechos afectos a la concesión, en casos de huelga o de paro patronal. Además tiene el derecho de reversión de tales bienes y derechos, cuando así sea planteado, al extinguirse la concesión.

-Deberes del concedente

La obligación del concedente es delegar en el concesionario las facultades indispensables para la prestación del servicio público específico por el tiempo que dure la concesión. Asimismo, el concedente debe proporcionar la vigilancia policial que evite la obstrucción del servicio por parte de terceros, así como la competencia ilícita.

Por último, el concedente debe proteger al usuario del servicio, exigiendo al concesionario el cumplimiento de la generalidad, la universalidad, la continuidad, la regularidad y la permanencia del servicio, en los términos de la normativa en vigor.

ii) El concesionario

Las personas, tanto físicas como morales pueden ser concesionarias con la condición de satisfacer determinados requisitos, tales como capacidad legal para obligarse, en el caso de las personas físicas, y estar constituidas legalmente, en el caso de las morales. Además, es frecuente que la concesión de servicio público sólo se otorgue a los nacionales, exigiendo en el caso de sociedades una cláusula especial de exclusión de extranjeros en su escritura constitutiva.

-Derechos del concesionario

El concesionario tiene derecho a usar las facultades y bienes que el concedente debe poner a su disposición en los términos señalados en la Ley y en la propia concesión, así como también derecho a gozar de las exenciones, franquicias y exclusividades para el caso concreto.

Asimismo, el concesionario tiene derecho a obtener una utilidad "justa y razonable", remuneradora de su actividad y riesgo mediante el cobro de una tasa por el uso del servicio, en los términos de la tarifa aprobada por la autoridad competente.

-Deberes del concesionario

En primer lugar, el concesionario tiene la obligación de prestar el servicio con la generalidad, uniformidad, continuidad y permanencia en los términos establecidos en la ley y en la propia concesión, así como de acatar las modificaciones a la normativa del servicio realizadas legalmente por la concedente.

Si la concesión incluye cláusula de reversión, el concesionario está obligado a no gravar ni enajenar los bienes afectos a la concesión sin autorización de la concedente, a quien deberá entregarlos al vencimiento porque pasan a ser de su propiedad a partir de ese momento.

El incumplimiento de las obligaciones del concesionario dan lugar a la aplicación de sanciones en los términos previstos en la normativa vigente, desde la requisa del servicio, caducidad de la concesión, hasta la reversión de los bienes y multa.

iii).- El servicio público concedido

No puede otorgarse concesión para la prestación de todo servicio público. En México, de conformidad con el párrafo sexto del artículo 27 y con el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, los servicios públicos de suministro de energía eléctrica, de correos, de telégrafos y de ferrocarriles, no pueden ser objeto de concesión por estar reservados a la gestión directa del Estado.

Como acto mixto, la concesión de servicio público es, en parte, un acto unilateral del concedente, realizado con base en el principio *intuitu personae* -la concesión se otorga en atención a la persona del concesionario, por cuya razón no puede transferirse sin la autorización del concedente- mediante el cual se regula la organización y la operación del servicio. Esta regulación no debiera tener mayor variación si el servicio fuese prestado directamente por la administración.

La concesión es también, en parte, un contrato bilateral, sinalagmático, conmutativo y de derecho público, relativo a la duración y a las ventajas, franquicias y exclusividades conferidas al concesionario.

El contrato es bilateral porque tiene como partes al concedente y al concesionario; sinalagmático habida cuenta que obliga a ambas partes; conmutativo por ser ciertas las prestaciones impuestas a los contratantes quienes quedan en posibilidad de apreciarlas, aun cuando no en todos los casos, en forma fija; su base es la buena fe de las partes, y se rige por un régimen exorbitante del derecho privado.

La concesión de servicio público sólo puede versar sobre el servicio público propiamente dicho, por ser el único atribuido al Estado o al municipio. No se puede referir al servicio público impropio o virtual, por no tenerlo atribuido y no ser posible delegar o concesionar lo que no se encuentra en el ámbito de las propias atribuciones.

En este orden de ideas, desconcierta a algunos el caso de la radio y la televisión que, conforme a la legislación mexicana, no son servicios públicos propiamente dichos sino virtuales (en España, por ejemplo, si se consideran propios), pese a lo cual operan bajo el régimen de concesión. Esto se debe a que la concesión se otorga para instalar y explotar una vía general de comunicación como una estación de radio o de televisión, mediante el uso de la frecuencia o del canal respectivos.

Por su naturaleza, la concesión de servicio público es temporal no puede ser a perpetuidad porque implicaría, desde el momento de su otorgamiento, la transferencia definitiva de las actividades concesionadas las cuales saldrían de la esfera del poder público para ingresar al ámbito privado, y significarían una renuncia del Estado a tales actividades y

privarían al servicio de su carácter público propiamente dicho, lo cual sería un procedimiento absurdo para llegar a tales resultados.

Es recomendable la concesión para servicios públicos onerosos *uti singuli*, por tener previsto el cobro de una tasa por la utilización del servicio para remuneración del concesionario. Tratándose de servicios públicos gratuitos y *uti universo*, si se pretende prestar el servicio mediante la actividad de particulares, es más práctico recurrir a la locación o a la gestión interesada, como formas de gestión adecuadas a ese tipo de servicios.

h).- La Teoría de la Imprevisión

El principio de la cláusula *rebus sic stantibus*, el cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales sistematizan un desarrollo doctrinal cuya idea central es la siguiente:

Los contratantes sólo están dispuestos a mantener y cumplir las obligaciones contraídas mientras no cambien las circunstancias determinadas en el contrato.

Como se recordará, la prestación del servicio público bajo el régimen de concesión se realiza a riesgo y ventura del concesionario, por lo que la teoría de la imprevisión trata de validar una excepción a tal principio.

La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible también conocida como lesión sobreviniente e identificada con la expresión tradicional de cláusula *rebus sic stantibus*, fue adoptada por el derecho administrativo, especialmente en lo relativo a la concesión de servicio público y al contrato de obra pública. Respecto de esta teoría la quinta conferencia interamericana de abogados, realizada en Lima en 1947, aprobó la siguiente resolución:

1° *Que la teoría del riesgo imprevisible que se aplica a la concesión de servicios públicos, es también de aplicación a los demás contratos administrativos, particularmente en los de obras públicas y de suministro.*

2° *Que si en ocasión de sobrevenir hechos extraordinarios que*

alteren las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que subviertan la economía del contrato, el contratante no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de la equidad.

3º Que debe, por consiguiente, incluirse en la legislación normas que permitan en los contratos a largo plazo la aplicación de la teoría de la imprevisión, a fin de reajustar el orden jurídico a la realidad y evitar así la grave lesión que importaría para una de las partes mantener en esta emergencia la inflexibilidad de los contratos.

4º Que el mecanismo correctivo que se prevea en estos casos, debe contemplar un reajuste equitativo por revisión administrativa, con recurso ante el Poder Judicial, que comprenda las variaciones en más en los precios de los bienes y servicios.

CONCLUSIONES

Como consecuencia de la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de las nuevas tendencias en materia económica y jurídica, el gobierno adoptó un régimen de libre mercado con la finalidad de permitir el fortalecimiento de la industria y el desarrollo económico del país. Sin embargo, en el esquema adoptado por el gobierno mexicano es común encontrar errores e imperfecciones en el mercado donde compiten los agentes económicos. Estos encuentran incentivos económicos suficientemente atractivos para realizar, en su provecho, prácticas que desestabilizan el funcionamiento eficiente de los mercados. Todo lo anterior aunado a la ineficacia demostrada por los ordenamientos jurídicos en materia de monopolios anteriores a 1992, manifestaron la necesidad evidente de promulgar la Ley Federal de Competencia Económica. Esta Ley pretende sentar las bases para una actuación más eficiente de los mercados y como objetivo principal proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.

La Ley Federal de Competencia Económica reconoce que los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y otras restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados traen como consecuencia disminuir, dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia, ocasionando fallas en el mercado en perjuicio de la colectividad. Toda economía sana debe eliminar el abuso de posiciones dominantes en el mercado, y el único instrumento o medio efectivo para lograrlo es la correcta aplicación de la Ley.

Después de haber analizado los antecedentes, contenido de la Ley Federal de Competencia Económica, algunas nociones generales en torno a las concentraciones, el caso de concentración de Aerovías de México y la Compañía Mexicana de Aviación a modo de conclusiones es conveniente hacer las siguientes reflexiones:

PRIMERA

El Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe expresamente la existencia de monopolios y prácticas monopólicas. Asimismo, los Artículos 8 y 16 de la Ley Federal de

Competencia Económica establecen la prohibición de monopolios, estancos, prácticas monopólicas y concentraciones indebidas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Derivado de los problemas económicos y financieros de Aerovías de México, S.A. de C.V. y Corporación Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., un grupo de bancos adquirió el control accionario de ambas empresas, proponiendo como posible solución a la problemática de las empresas mencionadas, la creación de una sociedad controladora, por tal motivo notificaron su intención a la Comisión Federal de Competencia de crear una sociedad tenedora de acciones, que permitiera reestructurar financieramente a ambas empresas.

Desde un principio la creación de una sociedad controladora de Aerovías de México y Mexicana de Aviación representaba una concentración indebida en los términos de la Ley Federal de Competencia Económica y por tal motivo resultaba violatoria de la propia Constitución Mexicana.

SEGUNDA

En una primera resolución la Comisión Federal de Competencia autorizó la constitución de una sociedad controladora denominada Controladora Internacional de Aviación, S.A. de C.V.(Cintra), actuando como una sociedad tenedora de acciones de Aerovías de México, S.A. de C.V., Corporación Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. y sus subsidiarias. En esta resolución se estableció como principal condicionante, la de disociar a ambas empresas de aviación al término de tres años.

Posteriormente derivado de un recurso de reconsideración promovido por los agentes involucrados en la concentración, la Comisión Federal de Competencia resolvió ratificar la autorización para la constitución de la sociedad controladora pero estableciendo que llevaría a cabo sus actividades por tiempo indefinido.

Asimismo, se debe tener presente que Aeroméxico y Mexicana de Aviación son competidores entre sí, que el poder sustancial representado

por ambas empresas al momento de notificar su intención de crear una sociedad controladora de ambas, les permitía sustentar un control sobre el mercado relevante y la existencia de ciertas barreras de entrada que limitaban de manera importante la disputabilidad del mercado.

En la Constitución Mexicana y en la Ley Federal de Competencia Económica no se establecen excepciones para las figuras reguladas en materia de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones indebidas, a este respecto la argumentación por parte de la Comisión Federal de Competencia para establecer una excepción a las figuras reguladas por esos ordenamientos, al autorizar la concentración de referencia, se sustenta en permitir el saneamiento financiero de ambas empresas para lograr la protección más efectiva del mercado y probablemente en el fondo bajo las justificaciones de permitir la concentración para evitar en su momento la quiebra de Mexicana, lo que en opinión de algunos hubiera ocasionado el desabasto en el servicio público de *transportación aérea*, el fortalecimiento de ambas empresas para poder enfrentar con éxito a los gigantes de la aviación internacional y el mantenimiento de las aerolíneas nacionales por cuestiones de prestigio o soberanía. Las anteriores motivaciones y justificaciones no son suficientes para autorizar una concentración violatoria de la Ley Federal de Competencia Económica.

Si se considera que tanto en la Constitución Mexicana como en la Ley Federal de Competencia Económica no se establecen excepciones para las figuras reguladas en materia de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones indebidas en el caso de Aeroméxico y Mexicana de Aviación las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia resultan contrarias a los ordenamientos en mención.

TERCERA

En un modelo de economía de mercado, en la cual impera un régimen de sana competencia y libre mercado como el que se pretende en la Ley Federal de Competencia Económica, la actividad de la Comisión Federal de Competencia debería centrarse únicamente en prevenir e investigar aquellas operaciones que en términos de eficiencia puedan generar una maximización económica, en los mercados de bienes y servicios, mediante el combate de monopolios, prácticas monopólicas y

concentraciones indebidas, sin desviar su atención en aquellas imperfecciones y fallas del mercado que resultan por demás obvias en una economía como la mexicana.

Derivado de lo anterior en el caso de Aeroméxico y Mexicana de Aviación, la Comisión Federal de Competencia debió permitir que el mercado funcionara por sí solo, con las consecuencias que esto conllevara y mediante una estricta aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica debió prohibir la concentración de ambas empresas.

CUARTA

Según información publicada por la Comisión Federal de Competencia,¹⁰⁸ el poder sustancial que detenta Cintra en el mercado relevante, aunado a la existencia de ciertas barreras de entrada, le ha permitido realizar ciertas conductas anticompetitivas, como aumentar las tarifas aéreas y el abuso de poder de mercado en ciertas rutas. Esto ha afectado el funcionamiento eficiente del mercado relevante del servicio público de transportación aérea nacional regular, presentando como última consecuencia un perjuicio para todos los usuarios del servicio público, que terminan pagando el costo de la conducta anticompetitiva.

Se debe tener presente que en un mercado, en el cual un agente detenta poder sustancial, la cantidad y la calidad de los bienes y servicios ofrecidos es menor que si se dieran condiciones competitivas. Lo mismo le pasa a los precios los cuales suelen ser mayores o incluso iguales, pero con productos o servicios de calidad inferior.

QUINTA

Las concentraciones deben ser sancionadas si dañan, impiden o lesionan la competencia o la libre concurrencia. Por tal motivo al detectar que Cintra a realizado ciertas conductas anticompetitivas la Comisión Federal de Competencia debe ordenar la disolución de la concentración que en su momento autorizó.

Asimismo, una de las finalidades de la concentración entre

¹⁰⁸ "Protección y promoción de la competencia en la aviación comercial" Op. Cit., Supra (58)

Aerovías de México y Mexicana de Aviación fue permitir su rehabilitación financiera y económica. Como la rehabilitación de ambas empresas ya se ha logrado en su mayor parte, la Comisión Federal de Competencia debe proceder a la brevedad a ordenar la disolución de la concentración temporal que permitió, porque a medida en que transcurre el tiempo la temporalidad se convierte en definitividad, siendo en el futuro mayores los costos, complicaciones y dificultades para disolverla.

SEXTA

Un elemento que dificulta la decisión de disolver la concentración de Aeroméxico y Mexicana de Aviación. Es la participación estatal mayoritaria en el capital accionario de Cintra, lo anterior debido a que el Estado mantuvo algunas acciones desde el momento de la privatización original de ambas empresas y posteriormente le revirtieron muchas más a través del Fondo Bancario de Protección al Ahorro, esto ha provocado que el caso de concentración adquiera matices políticos. Una política antimonopolios basada en criterios políticos, sería la mejor manera de garantizar su ineficacia, al dar entrada a los monopolios que pueden presionar a los políticos para que tomen decisiones que los favorezcan.

Lo que se espera en beneficio de la industria de la aviación y finalmente de todos los usuarios, es que la Comisión Federal de Competencia, logre establecer los criterios jurídicos sobre los criterios políticos, porque si en la decisión final prevalecen estos últimos, cabría preguntarse que caso tiene conservar una Comisión Federal de Competencia cuyo propósito es hacer cumplir el Artículo 28 Constitucional que prohíbe la existencia de monopolios y prácticas monopólicas en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Alvarez de Alba, Javier, "Características esenciales de la Ley Federal de Competencia Económica", en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. 1993. pág. 7-35.
- Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1989, 435 pp.
- Bielsa, Rafael, *Ciencia de la Administración*, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, Argentina, 1937, 588 pp.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª de., Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1964, T.III, 523 pp.
- Carnelutti Francesco, "Instituciones de Derecho Procesal Civil," en *Colección Biblioteca Clásicos del Derecho*, Vol 5, Ed. Harla, 1997, México, Distrito Federal, 730 pp.
- Carpizo, Jorge, "Estudios Constitucionales", en *La Gran Enciclopedia Mexicana*, UNAM, D.F., México, 1964.
- Chioyenda, Giuseppe, "Curso de Derecho Procesal Civil," en *Colección Biblioteca Clásicos del Derecho*, Vol. 6, Ed. Harla, 1997, México, Distrito Federal, 530 pp.
- Esquivel Obregón, Toribio, "Definición en una monografía preparada por el licenciado en relación con la expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios de 1934". Trabajo no editado formalmente, pero se conserva una copia del texto original en la Biblioteca del Colegio de México.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1995, 615 pp.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 31ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1992, 506 pp.
- Levy, Santiago, "Notas sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica," en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), Serie I, Estudios Económicos, No.24, 1994, D.F., México, págs. 63-67.
- Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Ed. Harla, México, Distrito Federal, 348 pp.

- Roll, Eric, *A History of Economic Thought*, Ed. Faber and Faber Ltd, London, 1953
540 pp.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 10ª ed. Ed. Porrúa, México, D.F., 1981,
653 pp.
- Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, Ed. Aguilar, Madrid, España, 1980, 759
pp.
- Velasco, Gustavo R., "El Problema de los Monopolios", en *Publicaciones del Instituto
Tecnológico de México de la Asociación Mexicana de Cultura, A.C.* (sin año), México,
D.F. 65 pp.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-
Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, t.III, 453 pp.
- Witker, Jorge, "Prácticas desleales y prácticas restrictivas" en *Estudios en torno a la Ley
Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
UNAM, D.F., México, 1994, pág. 139-151.

Textos Colectivos

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México,
UNAM, 1972, 220 pp.
- Autores Varios, *Informe Anual de Competencia 1993-94*, publicación de la Comisión
Federal de Competencia, 76 pp.
- Autores Varios, *Informe Anual de Competencia 1994-95*, publicación de la Comisión
Federal de Competencia, 109 pp.
- Autores Varios, *Informe Anual de Competencia 1995-96*, publicación de la Comisión
Federal de Competencia, 131 pp.
- Autores Varios, *Informe de Competencia Económica-Segundo Semestre de 1996*,
publicación de la Comisión Federal de Competencia, 180 pp.
- Autores Varios, *Informe de Competencia Económica 1997*, publicación de la
Comisión Federal de Competencia, 203 pp.
- Castañeda Gabriel, Levy Santiago, Martinez Gabriel y Gustavo Merino,
Material de apoyo para la iniciativa, documento no editado, México, D.F.
Diciembre de 1992, 24 pp.
- N.R.A. Krakel, T.G. Van der Woerd, J.J. Wouterse *Concentración y fusión de*

empresas Ediciones-Deusto, Bilbao, España, 1994, 120 pp.

-Prado Robles, Luis A. y León Ricardo Elizondo Castro, "Estudios sobre Competencia Económica-Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica" en *Informe de Competencia Económica-1997*, Comisión Federal de Competencia, México, Distrito Federal, Junio de 1998, pág. 93-101

Obras generales de consulta.

-Acosta Romero, Miguel, "Concentración de Empresas", en *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 2a. ed., Ed. Porrúa, D.F., México, 1987, 810 pp.

-Autores Varios, *Diccionario Enciclopédico Económico Planeta*, Ed. Planeta, Barcelona, España, 1980. págs 429-432.

-De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, 17a. ed., México, D.F. 1991, pág. 296.

Legislación

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de febrero de 1917.

-Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, enviada por el Presidente de República, a los CC. Secretarios de La Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

-Ley de Aviación Civil, promulgada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 12 de mayo de 1995, para entrar en vigor al día siguiente de su publicación.

-Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992.

-Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de marzo de 1998, para entrar en vigor al día siguiente de su publicación

Hemerografía

-Castañeda Gabriel, Levy Santiago, Martínez Gabriel y Gustavo Merino, en "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica", en *El Trimestre Económico*, México, D.F., 1993, págs. 224-240.

- Gandulfo Zullita Fellini y Rafael Pérez Miranda**, "El Derecho Frente a los Monopolios", en *Estudio de Derecho Económico*, vol. IV, núm. 11, 1983, pág. 102.
- Hijar, Guillermo**, "Líneas aéreas" en revista *Mundo Ejecutivo*, año XVII, No. 215, vol. XXIX, marzo 1997, México, D.F. págs. 14-37.
- Huerta Escobedo, Eduardo**, "La vocación del vuelo" en revista *Urania*, Año IV, No. 46, Junio de 1996, México, D.F., págs.36-40.
- Huerta Escobedo, Eduardo**, "Mexicana la vocación del vuelo", en revista *Vuelo*, Año III., No. 34, Noviembre de 1996, México, D.F., págs.76-79.
- Witker, Jorge**, "Ley Federal de Competencia Económica," en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 77, Mayo-Agosto, México, D.F., 1993, pág. 35.