



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE CONCENTRACIONES PREVISTOS EN LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA Y SU REGLAMENTO

T E S I S

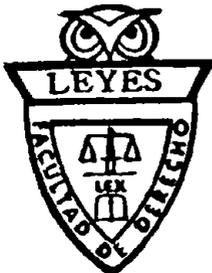
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIANA JIMENEZ

LOPEZ DIAZ



MEXICO, D. F.

2005

m. 346047



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Mariana Jiménez López Díaz

FECHA: 29/ Junio / 2005

FIRMA: 

LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE CONCENTRACIONES PREVISTOS
EN LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y SU REGLAMENTO

A Dios por la vida.

***A mi Madre, por ser lo más maravilloso
del mundo y hacerme quien soy.***

***A mi Esposo por su inmenso amor
y apoyo incondicional.***

***A mi Tía Ale por su amor,
dedicación y ejemplo***

***A mi Hermana porque la amo,
por compartir la vida conmigo y por
forzarme a ser mejor cada día por ser
su ejemplo.***

***A mi Tío Javi por cuidarme,
apoyarme y quererme como un padre.***

A mi Tía Hilda por su sabiduría y entereza.

A la Familia Díaz por compartir mi vida.

***Al Lic. Rubén Valdez Abascal, por todo su apoyo
A lo largo de mi vida***

***A la Familia Rojano por su afecto y
ser ejemplo de éxito, que me ha formado.***

***A mi Abuelita Pilar por su amor,
enseñanzas y ejemplo.***

***A mi prima Pili por ser el ejemplo
que me formó y por ser mi gran amiga.***

***A Estrella por ser cómplice y parte
en cada episodio.***

***A Norma por ser piedra angular
de mi fé y compartir su vida.***

***A la Universidad Nacional Autónoma de México
por ser quien me abrió las puertas del conocimiento
o quien me dio el conocimiento y me formó como su raza
permitiendo que a través de mí, su espíritu hable
y alentó a mi espíritu a hablar.***

***Al Dr. Fernando Serrano por ser el
director de esta obra y compartir sus conocimientos.***

***A Valdés Abascal y Brito Anderson S.C.
por el desarrollo profesional y
por ser el motor de la tesis.***

A todos las personas en mi vida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. Aspectos generales.

1.1. Los monopolios.

1.1.1. Concepto de monopolio.

1.1.2. Efectos de los monopolios.

1.2. La política de competencia y libre concurrencia.

1.2.1. Conceptos de competencia y libre concurrencia.

1.2.2. Efectos de la competencia y libre concurrencia.

1.3. El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.4. La Ley Federal de Competencia Económica.

1.4.1. Objeto y finalidad de la Ley Federal de Competencia Económica.

1.4.2. Sujetos de la Ley Federal de Competencia Económica.

1.4.3. La Comisión Federal de Competencia.

1.4.3.1. Naturaleza jurídica de la Comisión Federal de Competencia.

1.4.3.2. Integración de la Comisión Federal de Competencia.

1.4.3.3. Funciones de la Comisión Federal de Competencia.

2. Las concentraciones en la Ley Federal de Competencia Económica y su Reglamento.

2.1. Concepto de concentración.

- 2.2. Elementos a considerar para determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada.
- 2.3. El procedimiento preventivo en materia de concentraciones: la notificación previa.
 - 2.3.1. Supuestos en los que se requieren notificar las concentraciones.
 - 2.3.2. Procedimiento de notificación previa.
 - 2.3.3. Efectos de la resolución.
- 2.4. El procedimiento correctivo en materia de concentraciones: la investigación de oficio y la denuncia de concentraciones.
 - 2.4.1. La denuncia.
 - 2.4.2. El acuerdo de inicio de investigación.
 - 2.4.3. El emplazamiento del presunto responsable.
 - 2.4.4. La manifestación del presunto responsable de lo que a su derecho convenga y el ofrecimiento de pruebas.
 - 2.4.5. El desahogo de pruebas.
 - 2.4.6. Los alegatos.
 - 2.4.7. Efectos de la resolución.
- 2.5. El recurso de reconsideración.

3. Las concentraciones en derecho comparado.

- 3.1. Las concentraciones en los Estados Unidos de América.
- 3.2. Las concentraciones en la Unión Europea.

4. Propuesta de reforma procedimental en materia de concentraciones.

- 4.1. Importancia de la participación de los afectados en el procedimiento preventivo de concentración e inconstitucionalidad de los artículos 21 de la Ley Federal de Competencia Económica y 26, fracción IV, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.
- 4.2. Otras críticas a los procedimientos vigentes en materia de concentraciones.
- 4.3. Propuestas para mejorar los procedimientos en materia de concentraciones.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Ley Federal de Competencia Económica, es un instrumento de la política económica del Estado que tiene por objeto contribuir a que las empresas mexicanas productoras de servicios y productos sean mas eficientes, dicho en otras palabra, se trata que en un mercado competitivo, los precios y la calidad de los productos sean la clave dentro de las fuerzas del mercado -demanda y oferta- de manera tal que el productor pueda incrementar sus ventas o utilidades sólo a través de lograr mejores costos de producción o alguna mejora en la calidad del producto que vende. Así en un mercado más competitivo, y sobre todo, abierto a la competencia internacional, la única vía de progreso es mejorar los procesos productivos y tecnológicos, la inversión en nuevos equipos de producción y alcanzar economías de escala que les den la posibilidad de desarrollarse en dicho mercado.

El efecto de todo lo anterior es en última instancia, el impacto positivo en la sociedad. Al volverse mas eficiente la economía, mayor competitividad de parte de las empresas, está crece, ofrece más puestos de trabajo y mejor remunerados. Por el otro, favorece al consumidor porque la política de competencia se traduce en una reducción de costos de los bienes y servicios de los que dispone incrementando su poder de adquisición.

Cabe apuntar que una política de competencia como la determinada en la Ley Federal de Competencia Económica establece un amplio sistema de prevención de prácticas anticompetitivas y, en su caso, de corrección de éstas lo cual contribuye a

un importante ahorro de recursos que de otra manera tendrían que utilizarse para atacar situaciones anticompetitivas o francamente monopólicas y lo más costoso aún, el desagregar conglomerados industriales o de servicios que se hubieran concentrado mediante prácticas anticompetitivas o monopólicas.

Dentro de las acciones en mención, la Ley establece las normas bajo las cuales se deberán llevar a cabo las uniones entre las personas que tengan injerencia en la actividad económica del país, a fin de que dichas uniones, denominadas en la ley de referencia como concentraciones, se adecuen a un esquema de competencia y libre concurrencia en los mercados nacionales.

La propuesta del presente trabajo, consiste en llevar a cabo un análisis de los preceptos que integran el Capítulo III de la Ley Federal de Competencia Económica nombrado “De las concentraciones” y su reglamento, toda vez que, en nuestra opinión, la redacción y ubicación de los mismos induce a confusiones que generan falta de certeza jurídica.

Así el primer Capítulo pretende exponer el derecho de la competencia en su alcance histórico dentro del territorio nacional a fin de establecer, de una manera genérica, el nacimiento de la norma de competencia económica, hasta llegar al momento actual, con la Ley Federal de Competencia Económica, sus disposiciones reglamentarias y el órgano que instituye, la Comisión Federal de Competencia.

Cabe enseguida tratar en el Capítulo II, la regulación de las concentraciones en términos de la Ley Federal de Competencia y su reglamento, exponiendo los conceptos que permiten establecer el alcance real de los mismos, tales como concentración, mercado relevante y poder sustancial, así como los procedimientos preventivos y correctivos en dicha materia y su recurso.

En este orden de ideas, y considerando que la actual legislación en materia de competencia adopta las bases del derecho de competencia de los Estados Unidos de América, cabe llevar a cabo, en el Capítulo III, una elucidación similar a la del Capítulo anterior pero enfocada a dicho país y aunado a lo anterior la globalización de la economía mundial y su creciente influencia sobre la evolución de los negocios en México, repercuten en la política de competencia, por ello, se analiza la legislación en materia de competencia económica vigente y la regulación específica en materia de concentraciones de la Unión Europea, pues constituye el mercado único más grande del mundo.

Habiendo planteado ya un marco de referencia genérico, en el Capítulo IV se desarrollan los problemas de fondo que en nuestra opinión existen en las disposiciones materia de análisis, así como una propuesta de redacción a efecto de mejorarlas.

Finalmente, en la sección dedicada a las conclusiones, expondremos una síntesis de las reflexiones llevadas a cabo a lo largo del trabajo.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS GENERALES.

El Estado regula la conducta externa del ser humano de manera coercitiva e imperativa a través del derecho. La norma jurídica debe ser clara a efecto de que los miembros de una sociedad estén conscientes de que su actuar está siendo perpetrado de acuerdo a la voluntad del legislador.

Según expone Héctor González Uribe, el derecho positivo debe necesariamente ajustarse a las exigencias éticas del derecho natural, es decir debe ser justo y siendo así, debe establecer la seguridad en la vida social. La seguridad debe entenderse como un conjunto de normas perfectamente cognoscibles, que hacen ver con exactitud las consecuencias de un hecho o acto jurídico y que delimitan con claridad la situación jurídica de los diversos miembros de la comunidad.¹

Sin embargo, el derecho no es una ciencia que por si sola pueda dominar todas las conductas del hacer humano, ya que tiene un campo de estudio que si bien es amplio, necesita complementarse con diversas ramas del conocimiento.

Resulta entonces que, siendo la actividad económica una serie de conductas externas del hombre, éstas deben ser reguladas a fin de que sean compatibles con

¹ Héctor González Uribe, *Teoría Política*. 8ª ed., Porrúa, México, 1992, pág. 202-210.

la convivencia dentro de la colectividad y que, de acuerdo con el marco legal de un Estado, propendan al bien común.

En ese sentido, el bien común debe ser entendido como el fin último al que aspira todo hombre integrante de una comunidad, con el objeto de que en esta última se conjuguen los elementos necesarios para que todos aquellos que la conforman puedan desarrollarse de manera óptima, tanto física como psíquicamente.

Como consecuencia de lo anterior, el bien común no es el resultado de la suma de todos los bienes individuales de los sujetos que conviven bajo un ordenamiento determinado, sino aquel estado supremo en el que la justicia es elemento rector de la totalidad de las relaciones humanas.

1.1. Los monopolios.

Todas las ciencias están conformadas, en su estructura básica, por una serie de ideas que al ser expresadas en palabras crean conceptos. En la mayoría de los casos, dichos conceptos revisten la calidad semántica de sustantivos y, en muchas ocasiones, es encuentran complementados por adjetivos que remiten directamente al área de estudio que los individualiza.

En ese sentido, es necesario conocer la acepción genérica de una palabra a efecto de estar en posibilidad de estudiar el significado de ésta en un contexto específico.

Así, al comenzar el estudio de los conceptos de monopolio, competencia y libre concurrencia, conviene establecer lo que en el lenguaje común se entiende tanto por la palabra como por el adjetivo que lo califica y delimita su alcance para efectos del presente trabajo.

1.1.1. Concepto de monopolio.

El vocablo monopolio deriva del latín *monopolium*, y este a su vez del griego *monopolion*; de *monos*, único y *poleo*, vender. La expresión literal es, entonces, el único vendedor.²

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta definición se ha enriquecido con una serie de nociones que ubican el concepto en un campo distinto, pero que no desvirtúa la esencia de dicho concepto.

La exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, no proporciona una definición del término ni la propia Ley lo hace, aun cuando la prohibición de los monopolios como lo veremos mas adelante en el capítulo, existe desde 1857, la única conceptualización que hay es la que hizo la Suprema Corte de

² Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Porrúa, México, 2002, pág. 143.

Justicia de la Nación, determinando que es "todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas con perjuicio del pueblo en general o de una clase social"³

Hoy en día, generalmente, el monopolio se entiende como "un privilegio o ventaja peculiar que recae en una o más personas o compañías, consistente en el derecho (o poder) exclusivo para ejercer un negocio o intercambio específico, fabricar un artículo en particular o controlar la enajenación del total de la oferta de un bien determinado"⁴

La manera en que un solo productor obtiene la capacidad de ser el único oferente de un bien o servicio para un mercado específico deriva de que existen impedimentos, ya sea legales o naturales, para que participantes nuevos entren o los existentes tengan que retirarse debido a que no es conveniente para el negociante seguir formando parte de esa competencia.

Estos impedimentos legales o naturales, propone dos tipos de monopolios adicionales:

- a) Legales o estatales; y
- b) Naturales.

³ Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXIV, pág. 499.

⁴ Henry Black Campbell, *Black's Law Dictionary*. 6ª ed., West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1991, pág. 1007.

a) Monopolios Estatales.

Los monopolios estatales, también denominados monopolios gubernamentales o monopolios legales, serán explicados en el presente punto de manera somera, toda vez que no es nuestra intención atender al tratamiento específico que la legislación mexicana da a éstos.

Esta clase de monopolios aparece cuando un cuerpo normativo específico determina que cierta actividad económica se encuentra restringida a llevarse a cabo por el Estado a través de las personas morales que constituya para tal efecto, o por los particulares que el mismo designe, debido a que el ejercicio de la actividad en cuestión requiere de una regulación estatal específica.

La doctrina económica reconoce tres tipos de monopolios estatales:

- a) La concesión;
- b) La Licencia, autorización o permiso; y
- c) La patente.

La concesión es un derecho que otorga el Estado sobre una actividad que, si bien le pertenece originariamente, determina delegar a una persona jurídica individual o colectiva, en función de que ésta la lleve a cabo, por estar mejor facultada y, por lo tanto, en posibilidad de brindar un mejor servicio a la colectividad

o porque resulta menos costoso utilizar la infraestructura con la que ya cuentan algunos particulares para explotar cierto bien o servicio.

“...no siempre el Estado actúa por vía imperativa, sino que solicita de los particulares...que en forma consciente o voluntaria concurran a la realización de determinadas obras, a la producción de bienes o a la presentación de servicios, ya sean personales o servicios públicos, mediante el instrumento jurídico que constituyen los convenios y contratos, es decir, la Administración Pública y los particulares en forma consciente y voluntaria, mediante acuerdos contractuales ayudan a la satisfacción de las necesidades colectivas, al mismo tiempo que estimulan los intereses de la iniciativa privada a través de beneficios mutuos que armonizan el interés colectivo con el interés de los particulares.”⁵

Por otra parte, las licencias, autorizaciones o permisos son un medio de control que ejerce el Estado para aquellos particulares que pretendan llevar a cabo la práctica de ciertas actividades que, por su especialización y cuidado, requieren algo más que la simple práctica voluntaria. En este sentido, podemos entenderlos como los requerimientos de capacidad con los que se debe cumplir para ejercer una cierta actividad.

Las licencias, autorizaciones o permisos no crean realmente monopolios, pero sí pueden llegar a constituir una barrera a la entrada para aquellos que no cumplan con las características concretas.

Finalmente, las patentes son un derecho que concede el Estado a los inventores o creadores, para explotar durante un tiempo determinado de manera

⁵ Miguel Acosta Romero, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*. 1ª ed., Porrúa, México, 1989, pág. 467.

personal los beneficios de su obra. Al respecto, transcribimos a continuación el artículo 9° de la Ley de la Propiedad Industrial:

“ART. 9°.- La persona física que realice una invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o su causahabiente, tendrá el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por si o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta ley y su Reglamento.”

En este caso, podemos hablar de un monopolio en el sentido estricto, ya que el inventor será el único facultado, en origen, para prestar o comercializar el servicio o bien que haya creado.

Sin perjuicio de los monopolios legales reconocidos por la teoría económica, enumerados en los incisos a) a c) anteriores, y como señalamos en el segundo párrafo del presente punto, el Estado puede encargarse de actividades económicas de manera propia, a través de las empresas que cree para tales efectos, prohibiendo la intervención de los particulares.

En el derecho positivo mexicano, las actividades a que se refiere el párrafo anterior, se denominan estratégicas.

b) Monopolios Naturales.

Cuando el monopolio resulta el medio que ofrece mayor viabilidad para que se desarrolle una actividad económica como consecuencia, no de la eficiencia de una persona jurídica individual o colectiva, sino del menor costo que representa para

la colectividad el que esa tarea específica sea realizada por aquél que tiene los medios, es conocido como monopolio natural.

Este fenómeno surge cuando los costos resultan demasiado altos en relación con la demanda. Si pueden escindirse en la totalidad de la producción en el mercado, una sola compañía que cubra esa producción es susceptible de tener un costo promedio menor que dos o más negocios igualmente eficientes, que tendrían los mismos costos pero habrían de dividirse el mercado.

Un ejemplo de monopolio natural se encuentra en el servicio de transmisión de energía eléctrica, el mercado se encuentra limitado por el costo que significa transportar electricidad a larga distancia.

1.1.2. Efectos de los monopolios.

Este tema se desprende de otra área del conocimiento, la economía debido a que es del estudio de los mercados y sus diferentes conformaciones que se llega a determinar como se desarrollan cada uno de ellos y cuales son sus efectos.

Y es de la comparación de un monopolio con una situación de competencia perfecta que se determinan los efectos. Siendo estos que el monopolizador fija un precio más elevado, produce menos y obtiene un beneficio superior a lo normal (a veces calificado como *renta de monopolio*). Al tener que pagar más caro los consumidores la adquisición de los bienes o servicios, hay pérdida neta de

bienestar. Se produce, además, una transferencia de la renta de los consumidores en beneficio de la empresa en situación de monopolio.

El monopolio amenaza con tener otras incidencias negativas. Se desarrolla a veces el siguiente argumento: El monopolizador, al escapar con gran ventaja a las presiones de la competencia, no se ve apenas incitado a reducir sus costos o a modificar su tecnología. Además, la búsqueda de una situación de monopolio constituye a veces fuente de derroche. El argumento contrario consiste en que un cierto poder de monopolio es necesario para que la empresa, gracias a un aumento de beneficios, se vea estimulada a innovar.

Es preciso distinguir el monopolio del poder sobre el mercado. Hay situación de poder sobre el mercado cada vez que la empresa tenga una curva de demanda decreciente y pueda sacar partido de ello para elevar sus precios por encima del nivel de competencia. Podemos encontrarnos en presencia de una situación de poder sobre el mercado no sólo en caso de monopolio, sino también en caso de oligopolio, de competencia de monopolio o de situación dominante.

El monopolio sólo puede subsistir si existen barreras de entrada. Son estas los obstáculos que impiden o desalientan la entrada de nuevas empresas en un sector de actividad, incluso cuando las empresas instaladas obtienen beneficios excesivos.

En opinión de Areeda y Kaplow⁶, las barreras a la entrada provienen normalmente de cuatro fuentes, a saber:

- a) Acceso bloqueado: Las industrias establecidas, así como, en algunos casos la regulación vigente pueden controlar la oferta de los factores de producción, patentes necesarias y canales de distribución.
- b) Economías de escala: Por muy pequeño que sea el tamaño de una industria, ésta puede ser muy grande en relación al mercado que afecta, ya que la entrada en gran escala devaluaría los precios al grado de que la inversión inicial no resulte rentable.
- c) Requerimientos de capital: La entrada eficiente requiere que se adecuen una gran cantidad de factores de la producción, que se tomen en cuenta los mercados sobre los cuales se puede tener incidencia para adquirir éstos, que se analicen los costos de desenvolvimiento inicial de tal manera que se pueda luchar contra el monopolio establecido que ya cuenta con todo lo anterior. Los requerimientos de capital no necesariamente representan una barrera a la entrada, siempre que se cuente con el financiamiento adecuado.

⁶ Phillip Areeda, Louis Kaplow, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. 4ª ed., Editorial Little Brown and Company, Estados Unidos de América, 1998, pág. 22.

d) Diferenciación de productos: Los productores establecidos se benefician normalmente de la confianza de los consumidores. EL competidor que pretende entrar tendrá que enfrentarse con campañas de publicidad altas o mantener su producto a un precio por debajo del establecido previamente en el mercado, con el objeto de romper con la fidelidad de los compradores a la empresa anterior.

Muchas veces, los monopolios subsisten sin necesidad de que existan barreras a la entrada. En ciertos casos, los costos del monopolio son tan bajos que resulta prácticamente imposible para cualquier competidor, independientemente del capital que este dispuesto a invertir, sostener a un nivel lo suficientemente bajo sus precios, toda vez que aunque esté en posibilidad de alcanzar los precios que ofrece el monopolio, éste tiene el poder de reducirlos durante un plazo suficiente para que el nuevo competidor no le resulte costeable mantenerse en el mercado, estos son los monopolios naturales.

La exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica enuncia los efectos de un mercado monopolizado pero se enfoca en resaltar la parte social.

“...En ese sentido 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.

“Los efectos de las prácticas anticompetitivas se transmiten a lo largo de la cadena productiva, afectando no sólo a los compradores de primera mano, sino también al consumidor final. Pero no es sólo un problema de reparto de

beneficios, sino que al propiciar pérdidas en la riqueza social, se reducen los ingresos reales de la generalidad de las personas. Al mismo tiempo, al reducirse el nivel de producción y transferirse los beneficios al monopolista o a los participantes de un cartel o una práctica anticompetitiva, se deterioran tanto el nivel de empleo como la distribución del ingreso.

“Los monopolios, los acuerdos de cartel y las prácticas monopólicas en general, reducen, además, la capacidad competitiva de un país. Al no enfrentar competencia externa o estar limitada, los agentes económicos ven reducidos sus incentivos para hacer más eficientes sus sistemas de producción y distribución y por lo tanto, para llevar a cabo inversiones en capital físico, humano y tecnológico. Garantizar el acceso de nuevos oferentes al mercado es, en el largo plazo, la mejor solución al problema provocado por los monopolios.

“Las barreras de acceso a un mercado pueden deberse a ventajas tecnológicas, a la existencia de costos fijos de producción, a elevados gastos de transporte, a habilidades empresariales superiores o a otros elementos extra-económicos. Estas barreras tienden a desaparecer con el cambio tecnológico, el crecimiento de la economía y la libre concurrencia a los mercados, pero no representan una amenaza al proceso competitivo mientras exista libre acceso a los mercados que permita la erosión de esas ventajas. De hecho, ese tipo de ventajas son un incentivo a la inversión, a la innovación y al trabajo empresarial y son un elemento legítimo del proceso económico. Sin embargo, son monopólicas aquellas barreras a la entrada establecidas sin ninguna justificación de eficiencia y que deliberadamente elevan los costos de entrada al mercado a los competidores potenciales o que obligan a salir del mismo a competidores existentes.”⁷

1.2. La política de competencia y libre concurrencia.

La teoría de la interdependencia general, de la que nos refieren los economistas, muestra la dependencia de cada uno frente a todos los demás. Las decisiones individuales repercuten o influyen en la suerte de todos los que se hallan implicados en un mismo circuito económico. La estructura de la economía está integrada por infinidad de mercados, conjunto de compradores y vendedores de diferentes bienes y servicios que integran mercados homogéneos que, en principio,

⁷ Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, pág. II-IV.

sirven para definir los mercados donde compiten entre sí y se encuentran en dependencia recíproca. El equilibrio que en cada mercado se dé, depende de las características estructurales del mismo, del tipo de comportamiento de los concurrentes y del tipo de competencia. El mercado es un conjunto de empresas, centros de decisión autónoma, ligadas entre sí por una red de intercambios, que hace interdependientes todos los precios y todas las cantidades. Los mercados, como la competencia, son más o menos puros y perfectos. Se transforma y crece bajo la influencia, entre otras, de las grandes y poderosas empresas y de los poderes públicos.

En el orden jurídico de nuestro país los Estados Unidos Mexicanos (reconocido internacionalmente con el nombre de México), en el artículo 28, párrafo 2º, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 vigente, establece la protección a la libre concurrencia o la competencia, basada en los principios del sistema de economía mixta postulada en el artículo 25 de la propia Constitución, que determina, además, la rectoría del desarrollo, fomento económico y del empleo para una más justa distribución del ingreso y la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales; para lo cual concurrirán el sector público, el social y el sector privado.

1.2.1. Conceptos de competencia y libre concurrencia.

La palabra competencia, en sentido amplio, comprende “la disputa o contienda sobre algo entre dos o más personas”⁸.

La competencia es la situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer cliente para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado. Competencia equivale a menudo en este contexto a “competición”. Esta competencia puede ejercerse entre dos o más firmas. Puede referirse a los precios, la calidad, los servicios o a varios de estos factores simultáneamente, así como a otros elementos diversos que son determinantes para la elección de los compradores.⁹

La competencia es la base de la libre concurrencia.

El concepto de libre concurrencia o también denominado concurrencia mercantil, en sentido amplio, comprende “la asistencia a los mercados, conjunto de compradores y vendedores de diferentes bienes y servicios, para competir en el

⁸ Varios, *Lexipedia*. Diccionario Enciclopédico, 1ª ed., Encyclopaedia Britannica Publishers, Inc., Estados Unidos de América, 1996, t. I, pág. 510.

⁹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Editorial Mundi-Prensa, México, 1995, pág. 23.

mismo plano de igualdad, comercio, industria o servicios, bien sea nacional o internacionalmente.”¹⁰

La concurrencia mercantil debe de estar enmarcada en el desarrollo de la actividad que tienda a un sano equilibrio que evite las prácticas desleales en el comercio y se base en la libertad para dedicarse a la profesión, industria comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos... Sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.¹¹

1.2.2. Efectos de la competencia y libre concurrencia.

La competencia se perciben como un proceso clave que obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia y a comercializar a menor precio un más amplio abanico de productos y servicios. Se refleja en un aumento de bienestar para el consumidor y de eficiencia de asignación, siendo esta cuando los bienes se producen de la forma más eficaz (la menos costosa). Incide asimismo en la eficiencia “dinámica” al favorecer la innovación, el cambio tecnológico y el proceso técnico.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 5°.

En opinión de Ernest Gellhorn¹², cuando se dan en un mercado la competencia y la libre concurrencia se presentan los siguientes signos:

- a) Existe un gran número de oferentes y demandantes;

- b) La cantidad de los bienes o servicios adquiridos por cualquier demandante, o enajenados por cualquier oferente es tan pequeña en relación a la cantidad total con la que se comercia a nivel global que un cambio en la primera cantidad señalada no afecta el precio que tendrá el bien o servicio dentro del mercado;

- c) Ningún oferente tiene tanto poder como para poder afectar el precio del mercado a través de una acción individual;

- d) Los bienes y servicios en el mercado son de calidad homogénea;

- e) Los oferentes de bienes y servicios pueden entrar y salir libremente del mercado;

- f) Tanto los oferentes como los demandantes están plenamente informados de los precios en el mercado y de la naturaleza de los bienes y servicios;

¹² Ernest Gellhorn, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 3ª ed., West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1986, pág. 56.

g) No existe restricción para aumentar las cantidades ofrecidas.

En la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia señala al respecto:

“...Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios.”

Sin embargo, en la mayoría de los mercados dichas cuestiones por sí solas no se presentan y por lo tanto, es necesaria la intervención de un ente que corrija el funcionamiento del mercado en cuestión a efecto de que exista una asignación eficiente de los recursos.

1.3. El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 28 de la Constitución de 1857 resulto ser muy claro en la prohibición de los monopolios y los estancos, únicos linderos reales del ejercicio del libre cambio durante el virreinato y parte del México Independiente.

Dicho artículo erradicaba los monopolios y los estancos a través del siguiente texto:

“No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de algunas mejoras.”

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, conserva en el mismo numeral la línea de pensamiento del cuerpo legislativo del siglo pasado, adecuando desde luego características que conjuntan una realidad muy distinta a la de aquella época.

El artículo 28 ha tenido cinco reformas y adiciones pero es a raíz de la reforma de 1983, en la que se proscriben también las prácticas monopólicas y se establece expresamente que “Las leyes (...) evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.”

En este sentido es conveniente citar determinados párrafos del mencionado artículo en vigencia, toda vez que son la fuente de la regulación específica en materia de competencia económica que rige actualmente en nuestro país.

“Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

“En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el contenido del precepto anteriormente citado, se ordena la creación de disposiciones reglamentarias al mismo, siendo el resultado de dicha voluntad legislativa la Ley Federal de Competencia Económica vigente.

1.4. La Ley Federal de Competencia Económica.

La Ley es una disposición o mandato imperativo, de carácter general, imperativo y permanente, provista de una sanción política, en materia de interés común; elaborada, promulgada y publicada por los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo, federal o local según su competencia, e inspirados en propósitos de justicia social.¹³

¹³ Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*. 23ª ed., corregida y aumentada por Serra Rojas Beltri Andrés, Porrúa, México, 2002, pág. 181.

La Ley Federal de Competencia (en lo sucesivo LFCE), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, entrando en vigor a los 180 días de su publicación (22 de junio de 1993), abrogó las siguientes disposiciones legales:

I. La Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1934 y sus reformas;

II. La Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1950 y sus reformas;

III. La Ley de Industrias de Transformación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1914; y

IV. La Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 1937.

En opinión de Allan Van Fleet¹⁴, el más trascendental de estos ordenamientos resulta ser la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios; de cualquier manera, en la práctica, dicha ley resultaba de difícil aplicación además de verse limitada por buscar atender demasiados aspectos políticos.

¹⁴ Allan Van Fleet, *The Mexican Federal Economic Competition Law*. Editorial Vinson & Elkins, L.L.P., Estados Unidos de América, 1994, págs. 1 y 2.

En este sentido es conveniente citar la opinión contenida en la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, en relación con la anterior legislación:

“En materia de monopolios, la legislación vigente otorga una amplia discrecionalidad a la autoridad, y sus definiciones conceptuales merecen ser actualizadas con base en la actualización que desde entonces han experimentado las prácticas monopólicas y la experiencia que en diversos países se ha adquirido en la aplicación de políticas de competencia. Además, el monto de las sanciones que prevé ya no es el adecuado para que tenga un efecto disuasivo efectivo, ya que algunas de las infracciones graves tiene como sanción una multa máxima de quinientos mil pesos. En consecuencia, la iniciativa propone además, la abrogación de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de agosto de 1934.”¹⁵

Según expone Sergio García Rodríguez¹⁶ gran parte del problema por el que no se llegó a dar una aplicación total de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, fue la falta de un organismo capacitado para discernir en lo respectivo a la materia de derecho de competencia. Cabe anotar que, en casi sesenta años de vigencia de la mencionada ley, existen exclusivamente ocho precedentes asentados por el Poder Judicial Federal.

Es necesario hacer énfasis en el hecho de que, efectivamente por circunstancias tal vez a un análisis histórico profundo que rebasa los límites del presente trabajo, no fue sino hasta los encargos de los ex presidentes de los Estados Unidos Mexicanos licenciados Miguel de la Madrid Hurtado y Carlos Salinas

¹⁵ Exposición de Motivos, *op. cit.* pág. X.

¹⁶ Sergio García Rodríguez, *México's New Institutional Framework For Antitrust Enforcement*. Editorial DePaul Law Review, Estados Unidos de América, 1995, pág. 1158.

de Gortari que realmente se propendió en México a un sistema de libre intercambio de bienes y servicios.

“En el marco de la política comercial e industrial llevada a cabo por la administración a mi cargo, la industria nacional debe sujetarse a la competencia en México para conseguir eficiencia tanto como exportadora como proveedora de servicios al consumidor nacional. Se contempla para ello el abandono del proteccionismo, de forma tal que la promoción a la exportación busca integrar la máxima calidad de la producción a todo el proceso productivo y de distribución, bajo el principio de que las empresas que sean eficientes dentro del país también lo serán en el mercado internacional. Se tiene como fin último, que esa eficiencia sea trasladada en menores precios para el consumidor y, consecuentemente, en mejores salarios reales.

“La ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1950, que se abrogaría de aprobarse la presente iniciativa, tiene como uno de sus principales mecanismos la aplicación de controles a los precios y a la producción. Dicha ley fue de gran utilidad durante la vigencia de la política proteccionista y aun durante el periodo de transición del proteccionismo a la apertura, pero la conveniencia de su aplicación es cada vez menor, al intensificarse el comercio internacional...”

Considerando lo anterior, pasemos a hacer un breve análisis de las materias y conceptos incluidos en la Ley Federal de Competencia Económica:

a) Prácticas monopólicas absolutas: El artículo 9º de la Ley define las dichas prácticas como:

“...los contratos convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

“1. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

“II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

“III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

“IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

“Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.”

Las conductas anteriormente descritas revestirán el carácter de prácticas monopólicas absolutas, reflejando una clara influencia de la regla *per se* utilizada en los Estados Unidos de América para proteger el proceso de competencia y libre concurrencia. Dicha regla establece que el simple hecho de realizar cualquiera de las conductas previstas en la norma, es suficiente para que exista una presunción *iuris et e iure* en el sentido de que se está atentando contra la competencia.

b) Prácticas monopólicas relativas: El artículo 10 de la Ley enumera las siguientes conductas como prácticas monopólicas relativas:

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

“I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

“II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expendir o distribuir bienes o prestar servicios;

“III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad:

“IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

“V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

“VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

“VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Las prácticas monopólicas relativas, para que sean sancionadas, se encuentran sujetas a la condición de que se den los supuestos de poder sustancial en el mercado relevante de aquel agente económico involucrado en la práctica o prácticas en que incurra, de acuerdo con el citado artículo. Dichos conceptos serán analizados en el Capítulo II del presente trabajo, al referirnos específicamente a las concentraciones.

Es importante señalar que, si bien las prácticas monopólicas absolutas pueden ser comparadas con la regla *per se*, como se señaló anteriormente, las prácticas monopólicas relativas no pueden compararse estrictamente con la “*rule of reason*” empleada por la legislación estadounidense, sin perjuicio

de que, en opinión de algunos autores, es lo más próximo a una analogía normativa.

“...la Comisión ha reconocido abiertamente que el análisis que se lleva a cabo para determinar la realización de una práctica monopólica relativa es muy similar a aquél que se lleva a cabo en los Estados Unidos de América denominado criterio de razonamiento. Bajo este análisis, las cortes sopesan todas las circunstancias del caso en función de decidir si una práctica restrictiva debe ser prohibida por afectar el proceso de competencia...”¹⁷

c) Concentraciones: Las concentraciones se encuentran reguladas por el artículo 16 de la LFCE y su análisis es materia del Capítulo II del presente trabajo.

La Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 26, junto con otros ordenamientos legales, fue reformada mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 23 de enero de 1998. En él se establecen los requisitos adicionales para ser comisionado de la Comisión Federal de Competencia (CFC): ser ciudadano mexicano por nacimiento y no adquirir otra nacionalidad; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos. Constituyendo está la única reforma que ha sufrido la Ley.

¹⁷ *Idem*, págs. 1167 y 1168.

La Ley en comento cuenta con su respectivo Reglamento.

El Reglamento, considerado como un acto legislativo por sus efectos debido a que es una norma dictada por el Poder Ejecutivo, y un acto administrativo desde el punto de vista formal, tiene como objeto facilitar la observancia de las leyes. En términos del artículo 89 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proveyendo en la esfera administrativa, es decir, establece los medios para que una ley pueda ser ejecutada.

Para la elaboración del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo RLFCE) sirvió de base la experiencia de cuatro años de actividades de la Comisión y la opinión de abogados y académicos. Se buscó la transparencia en la actuación de la Comisión frente a los particulares, así como ventilar todos los asuntos de forma pronta y expedita, y se establecieron plazos breves para resolver las peticiones de los particulares. También se tomaron en cuenta los diversos criterios utilizados internacionalmente en esta materia.¹⁸ Siendo publicado el 4 de marzo de 1998 en el Diario Oficial de la Federación.

¹⁸ Luis Prado Robles y León Ricardo Elizondo Castro, *El Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica*. Informe Anual 1997 de la Comisión Federal de Competencia, México, 1998, pág. 94.

Este Reglamento representa, un avance significativo a fin de aclarar el contenido de la Ley, fundamentalmente en los siguientes ámbitos:

- a) Se esclarece el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas y concentraciones a que se refiere el artículo 33 de la LFCE, al dividir en dos etapas dicho procedimiento conforme a lo siguiente:
 - i) Investigación, y
 - ii) Emplazamiento

- b) Se establecen indicios con base en los cuales la Comisión Federal de Competencia (en lo sucesivo CFC) habrá de iniciar una investigación de prácticas monopólicas absolutas en términos de la fracción I del artículo 9º de la LFCE.

- c) Se enumeran algunas de las prácticas monopólicas relativas comprendidas en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE.

- d) Se establecen reglas específicas para el análisis del mercado relevante y del poder sustancial en términos de los artículos 12 y 13, respectivamente, de la LFCE.

- e) Se enumeran los criterios para determinar si una concentración debe de ser impugnada de conformidad con la fracción III del artículo 18 de la LFCE.

- f) Se enumeran ciertas condiciones con base en las cuales la Comisión Federal de Competencia podrá corregir las concentraciones en términos de la fracción I del artículo 19 de la LFCE.

- g) Se aclaran los momentos en que debe llevarse a cabo la notificación de concentraciones en términos del artículo 20 de la LFCE y los agentes económicos que habrán de notificar dichas concentraciones.

- h) Se prevén los supuestos en que las concentraciones llevadas a cabo en el extranjero y las reestructuraciones administrativas están exentas de ser notificadas.

- i) Se establece el procedimiento a través del cual la Comisión Federal de Competencia desahogará la solicitud de consultas y opiniones en materia de competencia económica.

- j) Se establece la facultad de la Comisión Federal de Competencia para conocer, de oficio o a petición de parte, sobre la determinación de cuestiones de competencia efectiva y poder sustancial en el mercado relevante a que se refieran disposiciones diversas.

- k) Se enumeran los casos en que procede el recurso de reconsideración a que se refiere el Capítulo VII de la LFCE.

En nuestra opinión, la información contenida en los incisos que anteceden resultan suficientes a efecto de proporcionar un panorama amplio en relación con las principales disposiciones reglamentarias de la LFCE.

Sin perjuicio de lo anterior, al analizar la regulación específica de las concentraciones en la Ley Federal de Competencia Económica, en el Capítulo II del presente trabajo, abordaremos con mayor profundidad aquellas disposiciones reglamentarias relevantes al respecto.

1.4.1. Objeto y finalidad de la Ley Federal de Competencia Económica.

La Ley Federal de Competencia Económica, establece en su artículo 2, su objeto y finalidad siendo este proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

La LFCE difiere de las anteriores regulaciones tratadas en el punto anterior, primordialmente en el objetivo que busca en la disposición misma, ya que no sólo

promueve un desarrollo de la economía en el sentido del libre cambio, por lo que afecta al comerciante y al consumidor, sino que además, siguiendo los lineamientos establecidos por el artículo 28 Constitucional Federal, promueve una eficiente ubicación de los recursos del Estados a nivel macro.

“La ley propone una política centrada exclusivamente en promover la eficiencia económica y el proceso competitivo. En si misma, la ley no tendrá objetivos distributivos. Si bien la reducción del poder monopólico puede, y generalmente tiene, un efecto redistributivo positivo, este último se debe pensar como un efecto de la ley y no como un objetivo. Así se reconoce explícitamente que los objetivos distributivos se persiguen con otros instrumentos de política fiscal y los de política social, entre otros, y no por medio de la legislación de competencia.”¹⁹

Igualmente, la Ley no tiene como fin maximizar el bienestar del consumidor, aunque este se uno de sus efectos, ya que al reducir el poder monopólico de las empresas se mejora la calidad del abasto de productos, a la vez que se reduce su precio. Para auxiliar a los consumidores en los problemas de información asimétrica o de altos costos de acceso para la solución de disputas se cuenta con otros instrumentos en particular con la política de defensa del consumidor.

Al respecto la exposición de motivos de la Ley²⁰ determina que los objetivos centrales de la LFCE, radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas. Y de ese modo se protege el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas. Y determina que es el proceso constante y permanente en el que las empresas compitan entre sí lo que

¹⁹ Castañeda Levy, et al. *Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica*. Revista Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág.1.

²⁰ Exposición de Motivos, *op. cit.* pág. X.

trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia. Aprovechando los efectos de la apertura comercial y, al mismo tiempo, evitar que las prácticas anticompetitivas originadas en el extranjero tengan un efecto adverso sobre el mercado nacional. En este sentido, se reforzarían las disposiciones relacionadas con el comercio exterior.

Se desprende de todo lo anterior que la Ley tiene estrictamente un objetivo: promover la eficiencia económica. Siendo esta la utilización óptima de recursos escasos. De tal manera que consigna una cierta escala de producción al menor costo posible. Hay un aumento de eficiencia si la empresa consigue producir a un menor costo un mismo volumen de producción o un volumen superior.

Atendiendo a lo anterior la Ley nos se preocupa exclusivamente por el tamaño de las empresas, la Ley se diseño pensando en una economía pequeña y abierta al mercado mundial, como es la economía mexicana.

1.4.2. Sujetos de la Ley Federal de Competencia Económica.

El artículo 3º de la Ley Federal de Competencia Económica considera agente económico a toda forma de participación en la actividad económica, ya se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas o fideicomisos.

El concepto asumido para los sujetos activos de la LFCE es más amplio que el concepto de persona jurídica. Esto lo que pretende, en un sentido lógico es el hacer sujeto de la misma a entes que no poseen personalidad jurídica, como los fideicomisos. Sin embargo, al definir agente económico como “toda la forma de participación”, parece asumir el criterio formalista, de la constitución de las personas jurídicas. Bastaría que se asuma una forma de participación (persona física, persona moral, empresas de participación estatal mayoritaria, asociaciones en participación, etc.) para que se estuviera en presencia de un agente económico.

En esta línea, la exposición de motivos habla del proceso de competencia entre empresas, y de la actuación de los particulares en la vida económicas.²¹

En opinión de Santiago Levy²² lleva la intención de evitar simulaciones a través de fideicomisos o otro tipo de figuras jurídicas. Es por ello que es sujeto de la Ley todo agente económico que participa en la actividad económica.

En este sentido, si varias sociedades operan como una única empresa o agente económico, como es el caso de las empresas subsidiarias, no puede hablarse de competencia entre ellas. Sin embargo es conveniente determinar sobre la base de los hechos, si es posible para la empresa subsidiaria poder tomar una medida económica independiente de su *holding* o matriz. Es necesario observar si la

²¹ *Idem*, pág. XIX y XX.

²² Aguilar, Levy, et al, *Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. UNAM, México, 1994, pág. 72.

sociedad *holding* tiene derecho a nombrar a los directivos de la subsidiaria y a impartirle las instrucciones que debe seguir, existiendo un constante intercambio de información, tecnológica y colaboración entre las empresas integrantes de un grupo económico. Para determinar si es una concentración porque existe competencia entre ellas o es una reestructuración administrativa.

Del análisis de los artículos 21, fracción II y 22 el RLFC, se desprende que la Legislación de la materia, no asume por concentraciones a las reestructuraciones administrativas de las empresas, debido a que no se realiza el mismo procedimiento, sin embargo en vías de la protección de la competencia, la Comisión Federal de competencia realiza un estudio de la transacción a fin de determinar si es una reestructuración administrativa y se reserva el derecho de objetarla. A continuación se transcriben los artículos antes citados:

“Artículo 21.- No será necesario notificar en los términos de los artículos 20 y 21 de la Ley...

“II. La transacción en la que un agente económico tenga en propiedad y posesión, directa o indirecta, por lo menos durante los últimos tres años, el 98% de las acciones o partes sociales de él o los agentes económicos involucrados en la transacción. En este caso, los agentes económicos sólo deberán dar aviso a la Comisión, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se realice la transacción, mediante escrito que deberá contener:

- a) Nombre, denominación o razón social de los agentes económicos que participan directa o indirectamente en la transacción;
- b) Nombre del representante legal, documentos que acrediten su personalidad, y domicilio para oír y recibir notificaciones;
- c) Certificación de la persona legalmente facultada para ello de la estructura del capital social de los agentes económicos participantes antes y después de la concentración, distinguiendo la participación de

cada accionista directo e indirecto, acreditando fehacientemente que la concentración es una reestructuración corporativa, y

d) Descripción sucinta de la transacción.

“Artículo 22.- Para efectos de la última parte de la fracción III del artículo 21 de la Ley, la Comisión, a petición del interesado, deberá expedir constancia de no objeción dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud respectiva.”

Conforme a lo que establece la LFCE, se consideran agentes económicos inclusive a entes que no reúnen materialmente el concepto de empresas, como personas físicas (como los autores, artistas, inventores y perfeccionadores, artículo 5 de la LFCE), asociaciones de empresas, las asociaciones civiles sin fines de lucro (como los sindicatos, artículo 5 de la LFCE), los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal y los fideicomisos públicos, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal, cuando participen en la actividad económica, lo que plantea el problema de si son sujetos de la LFCE los organismos públicos como autoridades.

Una autoridad ha sido definida como el órgano del Estado como entidad jurídica representante de éste, a quien se encomienda el ejercicio del poder en una relación de supra a subordinación en relación con los gobernados de forma unilateral, imperativa y coercitiva.²³

Esta claro que cuando los organismos públicos actúan como autoridades, no son sujetos de la LFCE, porque no participan en la actividad económica. Cuando

²³ Ignacio Burgoa Orihuela, *Las Garantías Individuales*. 17ª ed., Porrúa, México, 1993, pág. 186.

realizan actividades en una relación de coordinación, es decir, en situaciones en un mismo plano que los particulares, sí serán sujetos de la LFCE, en una palabra, cuando ambas partes actúan como gobernados, aunque se traten de organismos públicos o de las relaciones entre éstos.²⁴

El artículo 4 de la LFCE no considera monopolios a las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas propiamente estratégicas del párrafo cuarto del artículo 28 Constitucional Federal.

Las áreas estratégicas que ejerce el Estado en forma exclusiva, aunque en el artículo 28 se consagró la prohibición de los monopolios, supusieron una nueva forma de participación del Estado en la economía,²⁵ que puede, mediante las leyes que señale el Congreso de la Unión, participar en cualquier área de la actividad económica sin que se considere monopolio, con lo que puede hacerse nugatoria la garantía de competencia y libre concurrencia, y que de facto, por lo menos en el texto constitucional, supone la rectoría del Estado en materia económica.²⁶ Sin embargo dichas leyes no pueden expedirse violando otras garantías constitucionales, como la de trabajo, asociación, etc.,²⁷ en cuyo caso procedería la controversia constitucional o el juicio de amparo correspondiente.

²⁴ *Idem*, pág. 165.

²⁵ Manuel González Oropeza, *Constitución Política Comentada*, UNAM, 1985, pág. 712.

²⁶ Ignacio Burgoa Orihuela, *op. cit.* pág. 712.

²⁷ *Idem*, pág. 711.

Aunado a lo anterior, el propio artículo 4 de la LFCE sujeta a los organismos públicos que ejerzan en forma exclusiva actividades estratégicas, a las normas de la LFCE, respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas.

Lo anterior es de gran importancia, toda vez que al realizar las actividades estratégicas en forma exclusiva (petróleo y los demás hidrocarburos, electricidad, petroquímica básica, etc.), detentan, por ese solo hecho, poder sustancial en el mercado relevante, con lo que cualquier práctica monopólica relativa que realicen, será, con mucha facilidad, una violación de la LFCE.

Por lo anterior, como estas empresas no suelen estar sujetas a una competencia significativa, es muy fácil que incurran en un abuso de posición dominante. Las empresas públicas que gozan de una posición de monopolio no pueden, sobre esta base, alterar la competencia en otros mercados o abusar de tal posición, salvo cuando una norma expresamente así lo permita.²⁸

Un tratamiento similar se le da a sectores con regulación específica, como lo son las telecomunicaciones o los servicios financieros. Se busca la frontera de la legislación del sector regulado particular, con la legislación de competencia.

²⁸ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Antimonopólico y de la Defensa de la Competencia*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, págs. 300-303.

Aquellos actos no expresamente contenidos en la legislación del sector regulado que sean violatorios de la Ley de Competencia, son sujetos de la LFCE.²⁹

Las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación de la materia para proteger sus propios intereses no son monopolios, pero sí son agentes económicos en cuanto realicen actividades económicas, cuando sus actividades no correspondan a la defensa de sus intereses, conforme a la legislación laboral, y por lo mismo, podrían ser sujetos activos de la LFCE.

Un sindicato, aunque tiene prohibido ejercer actividades de comerciante con ánimo de lucro³⁰ (artículo 378 de la Ley Federal del Trabajo, LFT), no por ello no puede realizar algunos actos de comercio, sin ánimo de lucro, con lo que entraría en el concepto de agente económico definido.

1.4.3. La Comisión Federal de Competencia.

La Ley Federal de Competencia Económica se encarga de crear el órgano a través del cual deberá aplicarse dicha ley, así como de proveer lo necesario para mantener el proceso de competencia y libre concurrencia, el artículo 23 de la LFCE dispone lo siguiente:

“...La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará

²⁹ Aguilar, Levy, et al, *op. cit.* pág. 73.

³⁰ Mario de la Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 6ª, Porrúa, México, 1991, pág. 350.

con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar, y combatir los monopolios las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones.”

El Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia (en lo sucesivo RICFC), publicado el 26 de agosto de 1998 en el Diario Oficial de la Federación, establece la estructura orgánica y las bases de operación de la Comisión Federal de Competencia, al determinar de forma clara y precisa la estructura, las facultades de la Comisión y de cada uno de los órganos que la conforman, los impedimentos y excusas, la responsabilidad de los servidores públicos de la Comisión y la competencia de los servidores públicos de la Comisión para establecer las medidas de apremio que establece la LFCE.

El Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia Económica en su artículo 8 y 39, junto con otros ordenamientos legales, fue reformado mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de septiembre de 2002. En él se establece el Órgano Interno de Control. Constituyendo está la única reforma que ha sufrido el citado Reglamento.

1.4.3.1. Naturaleza jurídica de la Comisión Federal de Competencia.

La naturaleza jurídica, el artículo 23 de la LFCE señala que la Comisión Federal de Competencia es un organismo administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará con autonomía técnica y

operativa, y tendrá a su cargo, prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones. Además, de acuerdo al Reglamento Interno en su artículo 4, la Comisión es una Unidad de Gasto Autónoma.

Partiendo de lo antes señalado la Comisión es un órgano desconcentrado, que es aquella forma de organización administrativa, en la cual a través de un acto materialmente legislativo (ley o reglamento), se otorgan determinadas facultades de decisión y ejecución limitadas, que le permite actuar con mayor rapidez, eficacia y flexibilidad.³¹

A continuación se exponen las principales características de los órganos desconcentrados, refiriéndolas con la CFC:

- a) Son creados por un acto materialmente legislativo, es decir por una Ley o Reglamento: El hecho de que sean creados por una ley dota al organismo de mayor perdurabilidad, ya que solamente pueden ser modificados mediante un acto de la misma naturaleza, que trasciende la competencia sexenal del Ejecutivo, es por ello que se crea a la Comisión por medio de la LFCE.

³¹ Miguel Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo*. 14ª ed., Porrúa, México, 1999, pág. 463.

- b) Pertenecen a la Administración Central. Depende de una Secretaría de Estado, existe una relación de supra-subordinación: No es el caso de la Comisión, ni la de los organismos desconcentrados creados por un acto materialmente legislativo, al que se le otorgan facultades propias³², en cuyo caso, al no depender de una Secretaría de Estado, trascienden la esfera jurídica del Ejecutivo de la República.
- c) Puede o no tener patrimonio propio: En este caso la Comisión no cuenta con patrimonio propio.
- d) Tiene autonomía técnica esto significa que se le otorgan facultades de decisión limitadas y cierta autonomía presupuestaria³³: En el caso de la Comisión el RICFC en su artículo 4, determina que el presupuesto de la Comisión y los lineamientos para su ejercicio se sujetarán a la normatividad que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establece para las unidades de gasto autónomas y que el presupuesto que se autorice para la Comisión no podrá ser objeto de transferencia a otras unidades de la Secretaría.
- e) Su nomenclatura puede ser muy variada: En este caso se le denominó Comisión por que se crea como un órgano integrado por comisionados y que delibera en forma colegiada.

³² Miguel Acosta Romero, *Derecho Administrativo Especial*. Porrúa, México, 1989, pág. 660.

³³ *Idem*, pág. 464.

f) En ocasiones tienen personalidad propia³⁴: La Comisión no tiene personalidad jurídica propia.

El artículo antes citado establece que es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la cual cambió su denominación a Secretaría de Economía por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de noviembre de 2000.

1.4.3.2. Integración de la Comisión Federal de Competencia.

El artículo 25 de la LFCE establece que la Comisión estará integrada por cinco Comisionados, incluyendo al Presidente de la misma. Deliberará en forma colegiada y decidirá los casos por mayoría de votos, teniendo su Presidente voto de calidad.

La Comisión tendrá el personal necesario para el despacho eficaz de sus asuntos, de acuerdo a su presupuesto autorizado.

El artículo 26 indica que los comisionados serán designados por el titular del Ejecutivo Federal y deberán cumplir los siguientes requisitos:

³⁴ *Idem*, pág. 660.

- I. Ser ciudadanos mexicanos por nacimiento; que no adquieran otra nacionalidad; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; profesionales en materias afines al objeto de esta ley, mayores de treinta y cinco años de edad y menores de setenta y cinco;

- II. Haberse desempeñado en forma destacada en cuestiones profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con el objeto de esta ley.

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

Los comisionados serán designados para desempeñar sus puestos por períodos de diez años, renovables, y sólo podrán ser removidos de sus cargos por causa grave, debidamente justificada.³⁵

Al tener una naturaleza quasijurisdiccional, las funciones de la Comisión no pueden compararse con el que realizan las dependencias administrativas, como la movilidad del nombramiento de los titulares, cosa que no sucede en la función judicial, donde la regla es la inamovilidad, y la excepción, la remoción. De ahí que la

³⁵ *Ley Federal de Competencia Económica*, art. 27.

inamovilidad de los empleados de la Comisión se deba en parte, a la participación en su función semejante a la jurisdiccional.

La Comisión cuenta con un Secretario Ejecutivo designado por el Presidente de la propia Comisión quien tendrá a su cargo la coordinación operativa y administrativa. El Secretario Ejecutivo dará fe de los actos en que intervenga.³⁶

Coordinar significa concertar medios para una acción común. De una interpretación gramatical del artículo 29, parecería que las facultades del Secretario Ejecutivo son de coordinar los medios (las Direcciones Generales) para una acción (la resolución del Pleno).

El RICFC en su Título segundo denominado De la Organización y Facultades de la Comisión, Capítulo I De la Organización de la Comisión, establece lo siguiente:

“Artículo 8.- Para el ejercicio de sus funciones y el despacho de los asuntos que le competen, la Comisión contará con los servidores públicos, órganos y unidades administrativas siguientes:

“I. Pleno;

“II. Presidente;

“III. Secretario Ejecutivo;

“IV. Direcciones Generales Operativas:

a) De Asuntos Jurídicos;

b) De Estudios Económicos;

³⁶ *Idem*, art. 29.

- c) De Concentraciones;
- d) De Investigaciones;
- e) De Procesos de Privatización y Licitación, y
- f) De Coordinación Regional.

“V. Direcciones Generales de Coordinación y Apoyo Administrativo:

- a) De Regulación Internacional;
- b) De Normatividad Económica;
- c) De Control y Seguimiento;
- d) De Administración, y
- e) De Comunicación Social.

“VI. Delegaciones y unidades regionales, que sean necesarias para la debida aplicación y vigilancia de las funciones y atribuciones que le corresponden, de conformidad con lo establecido en la Ley, este Reglamento y las demás disposiciones aplicables, y

“VII. Las demás unidades y personal técnico y administrativo que autorice el Presidente, de acuerdo con el presupuesto autorizado y de conformidad con lo establecido por el artículo 28, fracción V de la Ley, y sujeto a las normas y lineamientos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público emita en la materia.

“La Comisión contará con un Órgano Interno de Control que se regirá conforme a lo dispuesto por el artículo 38 de este Reglamento.

“Artículo 9.- El Presidente será sustituido en sus ausencias temporales por el comisionado que él mismo designe mediante acuerdo.

“Artículo 10.- El Secretario Ejecutivo será suplido en sus ausencias temporales por el Director General que designe el Presidente mediante acuerdo.

“Artículo 11.- Los Directores Generales serán suplidos en sus ausencias temporales por el Director General Adjunto o por el Director de Area que designe el Presidente mediante acuerdo.

“Artículo 12.- Sin perjuicio de lo previsto por otras normas aplicables, en casos de ausencia temporal, excusa o impedimento, los demás servidores públicos de la Comisión serán suplidos conforme al acuerdo correspondiente.

De acuerdo con la estructura planteada el Pleno es el órgano supremo de decisión de la Comisión y se integra por cinco comisionados incluyendo al Presidente.

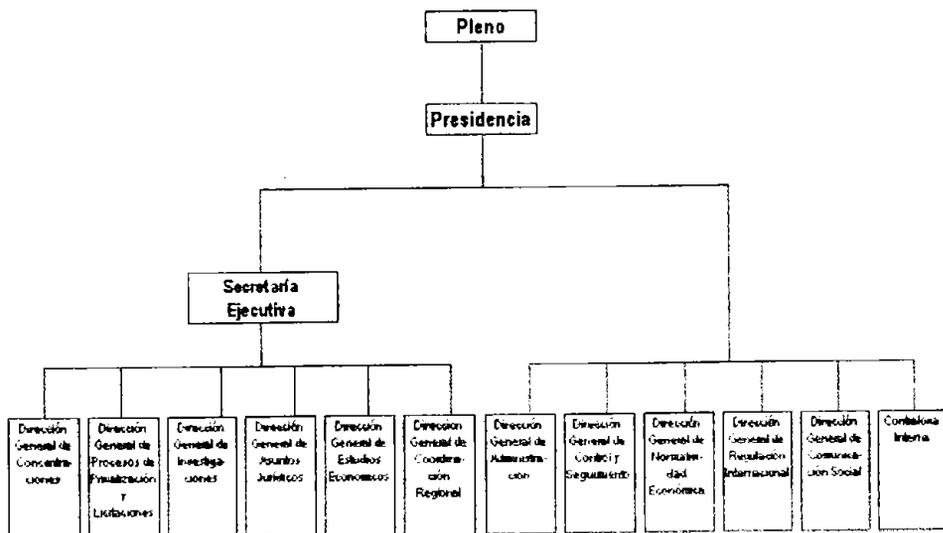
El artículo 13 del RICFC, nos indica lo anterior y además indica que bastará la presencia de tres para que pueda sesionar válidamente, pero nunca podrá sesionar sin la presencia del Presidente o del comisionado que lo supla legalmente.

Las resoluciones del Pleno se tomarán por unanimidad o mayoría de votos de los comisionados presentes, quienes no podrán abstenerse de votar, excepto cuando tengan impedimento legal. El Presidente presidirá las sesiones del Pleno y en caso de empate tendrá voto de calidad.

Las Direcciones Generales para el desempeño de sus funciones, tendrán un Director General, un Director General Adjunto, Directores de Área, Subdirectores, Jefes de Departamento, Analistas y demás personal técnico y administrativo que autorice el Presidente, de acuerdo con el presupuesto asignado y conforme a lo establecido en el artículo 28, fracción V, que establece la facultad que tiene el Presidente al actuar como representante de la Comisión, de nombrar y remover al personal, crear las unidades técnicas necesarias de conformidad con su presupuesto.

Las Direcciones Generales Operativas responderán directamente del desempeño de sus funciones y del ejercicio de sus atribuciones ante el Secretario Ejecutivo; las de Coordinación y Apoyo Administrativo ante el Presidente. Las demás unidades o áreas administrativas lo harán ante su superior inmediato.³⁷

A continuación se presenta un esquema de la Organización de la Comisión Federal de Competencia para una mejor comprensión de su integración y de la jerarquía existente.



³⁷ Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, art. 24.

1.4.3.3. Funciones de la Comisión Federal de Competencia.

Las autoridades administrativas requieren de una capacidad especial para realizar los actos del Poder Público, siendo la Comisión Federal de Competencia autoridad administrativa, sus actos exigen ser realizados por quien tiene aptitud legal.

La competencia en Derecho Administrativo, es el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituyendo la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la Administración.

El artículo 23 de la LFCE señala que la Comisión Federal de Competencia “...tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones”. Es de este modo que quedan establecidas las facultades otorgándole el poder legal para ejecutarlas.

Es el artículo 24 de la LFCE que determina las atribuciones de la Comisión de una forma mas detallada siendo estas:

“I. Investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por esta ley, para lo cual podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes;

“II. Establecer los mecanismos de coordinación para el combate y prevención de monopolios, estancos, concentraciones y prácticas ilícitas;

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

“IV. Opinar sobre los ajustes a los programas y políticas de la administración pública federal, cuando de éstos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y la libre concurrencia;

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

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

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

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

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

EL RICFC, distribuye las anteriores funciones a los diversos organismos que conforman la CFC y que quedaron establecidos en el punto anterior, garantizando el desempeño de las funciones con eficacia.

CAPÍTULO II
2. LAS CONCENTRACIONES EN LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA
ECONÓMICA Y SU REGLAMENTO.

Las concentraciones en la Ley Federal de Competencia Económica, es un tema novedoso ya que no fue considerado por el legislador de la Ley Orgánica del artículo 28, en virtud de que estrictamente se trata de un tema que no está incluido directamente en el texto del artículo 28 constitucional federal. Sin embargo, una interpretación correcta del espíritu del precepto constitucional en cuestión, no podía pasar por alto la existencia de un fenómeno tan importante y que eventualmente puede influir considerablemente en la economía nacional, como es el de las concentraciones. En este aspecto el legislador dio un paso muy importante que ya resultaba impostergable.

2.1. Concepto de concentración.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley en comento "... se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos".

Se observa que el concepto "concentración" es manejado dentro de un contexto muy amplio, estableciéndose lineamientos de manera enunciativa, mas no

limitativa en virtud de la gama de posibles operaciones a través de las cuales se puede estar en presencia de un acto de concentración.

El artículo cuando habla de agentes económicos exige la existencia de al menos dos agentes económicos. Adicionalmente tales actos deberán efectuarse entre: “sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general...”

“(…) La adquisición de control: la Ley se refiere al elemento objetivo o material del acto de concentración, el cual deberá implicar una adquisición del control, que conlleve una facultad de decisión, desde una parte de la unidad económica hasta el todo, como la forma de controlar o ejercer acción de mando sobre tales elementos, que deriva de un acuerdo, convenio o contrato.

Otra característica deberá ser que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos, de esa forma la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo LFCE) establece el elemento personal del acto de concentración utilizándose también parámetros generales, a fin de que fuesen abarcadas todas las posibles formas de participación en las actividades económicas, desde una persona física pasando por todas las figuras jurídicas que se contemplan en nuestro derecho y que otorgan personalidad, por lo que se convierten en un centro de imputación de derechos y obligaciones, sin que sea relevante la situación que entre ellos se guarde, es decir, no es relevante que

sean clientes, competidores o proveedores, con el solo hecho de ser considerados agentes económicos se cumple con el supuesto legal.

La definición señalada anteriormente difiere de aquella contenida en el artículo 28 constitucional federal, citado en el Capítulo I, punto 1.3, del presente trabajo, misma que equipara el concepto de concentración con el acaparamiento, y que de conformidad con la calificación que recibe posteriormente, es decir, “en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios...”, nos hace pensar en el concepto estudiado en el mismo Capítulo, en el punto 1.1.1., referente al monopolio.

El Diccionario Jurídico Mexicano señala como concepto de concentración de empresas el: “fenómeno jurídico y económico, mediante el cual dos o más empresas o sociedades... inciden en un solo centro de decisión, sea para efectos puramente administrativos, o para la consecución de un fin socioeconómico o únicamente económico...”³⁸

El Diccionario de la Lengua Española define el término concentración como la “... acción y efecto de concentrar o concentrarse...”, es este sentido, la misma obra define concentrar como “... Reunir en un punto o centro lo que estaba separado...”³⁹

³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*. 8ª ed., UNAM, México, 1995, pág. 562.

³⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª ed., Editorial Espasa Calpe, S.A., España, 1994, pág. 529.

Como se explicara en el Capítulo III apartado 3.1 del presente trabajo, al revisar la legislación de los Estados Unidos de América, señalamos que ésta no contiene una definición precisa del termino concentración, sin embargo, dicho concepto refleja la idea de unión entre dos o más compañías bajo cualquier forma que dicha unión revista. Y por el contrario en el apartado 3.2 del mismo Capítulo queda establecido que la Unión Europea contiene una definición precisa y determina como concentración cuando tiene lugar un cambio duradero del control como consecuencia de una unión entre dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes bajo cualquier forma que dicha unión revista, sin embargo ambas legislaciones revisten el mismo concepto de concentración solo siendo mas explicita la de la Unión Europea al supeditarla a la existencia de un cambio duradero de control.

La definición del Diccionario Jurídico, en su contenido establece lo semejante que la definición de la LFCE, sin embargo esta no nos resuelve con precisión el término.

Por otro lado, la definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española resulta ambigua para efectos de nuestro análisis toda vez que se puede aplicar, tanto al acaparamiento a que se refiere nuestra Carta Magna, como la unión en un sentido genérico a que se refiere la Ley de la materia.

Como consecuencia de la característica equívoca del término, resulta necesario estudiar los conceptos de mercado relevante y poder sustancial a efecto

de determinar el contexto en el que dicho vocablo es utilizado de conformidad con la disposición en que se encuentre el contenido, análisis que se desprende del punto siguiente a tratar.

2.2. Elementos a considerar para determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada.

La LFCE, en su artículo 18, señala los elementos que deberán ser considerados a efecto de determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionadas:

“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.”

Antes de seguir con el análisis de los elementos señalados, resulta conveniente revisar los criterios e instrumentos analíticos a que se remite la última fracción del citado precepto.

En ese sentido, el Capítulo IV del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo RLFC), es sus artículos 14 y 15 establece respectivamente que:

“Artículo 14.- La identificación de los agentes económicos a que se refiere la fracción II del artículo 18 de la Ley, deberá referirse por lo menos a los principales agentes económicos que en su conjunto abastecen al mercado relevante.”

“Artículo 15.- Para determinar si una concentración debe ser impugnada y sancionada, de conformidad con la fracción III del artículo 18 de la Ley, se considerarán adicionalmente los criterios siguientes:

“I. La valoración en el mercado relevante de las ganancias en eficiencia que, en los términos del artículo 6 de este Reglamento, puedan derivarse de la concentración, mismas que deberán ser acreditadas por los agentes económicos que la realicen;

“II. Los efectos de la concentración tanto en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, como en otros mercados y agentes económicos relacionados, y

“III. La participación accionaria del agente o agentes económicos involucrados en la transacción en otros agentes económicos que participen directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados.

“Cuando no sea posible identificar a los accionistas indirectos, esta circunstancia deberá quedar plenamente justificada.”

Una vez apuntadas las disposiciones reglamentarias a que remite el artículo 18 de la LFCE, continuemos con el análisis de cada uno de los elementos que lo integran y que deben ser considerados a efecto de impugnar o sancionar una concentración.

La fracción I del citado precepto señala que deberá determinarse el mercado relevante de acuerdo al artículo 12 de la Ley.

Mercado es el lugar donde compradores y vendedores realizan transacciones para el intercambio de bienes y servicios y donde los precios tienden a igualarse. Para que un mercado se equilibre o funcione correctamente, la cantidad de bienes y servicios solicitados y la cantidad de bienes y servicios ofrecidos deben ser iguales para un determinado nivel de precios.⁴⁰

La definición anteriormente transcrita atiende al vocablo mercado entendido desde un punto de vista genérico. Para efectos de la LFCE dicho vocablo se califica específicamente con el adjetivo relevante.

La LFCE no contiene una acepción de lo que debe de entenderse por mercado relevante, sin embargo, en su artículo 12 se establece los siguientes criterios que deben aplicarse para determinarlo:

"I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal situación;

"II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus

⁴⁰ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *op. cit.* pág. 60.

asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

“III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

“IV. Las restricciones normativas de carácter federal, o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”

El RLFCE en su artículo 9 nos señala que para los efectos del artículo 12 de la Ley, la Comisión identificará los bienes o servicios que componen el mercado relevante, ya sean producidos, comercializados u ofrecidos por los agentes económicos, y aquéllos que los sustituyan o puedan sustituirlos, nacionales o extranjeros, así como el tiempo requerido para tal situación. Posteriormente, delimitará el área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y en la que se tenga la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes sin incurrir en costos apreciablemente diferentes, y tomará en cuenta el costo de distribución del bien o del servicio, y el costo y las probabilidades para acudir a otros mercados. Además, se considerarán las restricciones económicas y normativas de carácter local, federal o internacional que limiten el acceso a dichos bienes o servicios sustitutos, o que impidan el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

La CFC define el concepto materia de estudio, en su informe anual 1994-95 como “aquel en el que tiene verificativo la concentración o la práctica monopólica relativa referida al bien o servicio en cuestión”.

De conformidad con la definición de mercado, éste será el punto donde concurra el intercambio de bienes y servicios, así, la definición de dicho concepto no puede estar supeditada a la realización de un tipo de conducta restringido por un ordenamiento.

En resumen el mercado relevante comprende el producto o servicio y el área geográfica en que éste es ofrecido.

Por lo que se concluye que los criterios contenidos en el artículo 12 de la LFCE son elementos de una definición de mercado relevante, y aun más, resultan necesarios a efecto de determinar éste, sin embargo, nuestra opinión es en el sentido de que la enumeración de características de un concepto no es suficiente a efecto de definirlo.

Continuando con el desglose de los elementos a considerar para impugnar o sancionar una concentración, la fracción II, establece que deberá llevarse a cabo la identificación de los agentes económicos que participen en el mercado relevante en cuestión.

Así mismo, la fracción II en cuestión refiere al análisis de poder sustancial preceptuado por el artículo 13 de la LFCE

Al igual que con el mercado relevante, la LFCE no prevé una definición específica del concepto, sí bien enumera en su artículo 13 una serie de elementos a fin de determinarlo.

“Artículo 13.- Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

“I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

“II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

“III. La existencia y poder de sus competidores;

“IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

“V. Su comportamiento reciente; y

“VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.”

Pasaremos ahora al análisis de cada uno de los elementos principales que constituyen las fracciones de la citada disposición a efecto de entender cabalmente el concepto de poder sustancial, su relación inminente con el mercado relevante y la forma en que ambos resultan indispensables para el estudio de las concentraciones analizadas en el Capítulo III de la LFCE.

- a) Participación de mercado: Una vez determinado el mercado relevante, es decir, el producto o servicios ofrecidos en un área geográfica determinada, es necesario analizar la cantidad de agentes económicos

que abastecen a dicho mercado. La proporción en la que cada uno de ellos efectivamente surta a dicho mercado será la participación de mercado con la que cuenta.

Al respecto, la “Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación”, emitida por la CFC y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 1998 establece que:

“...Los índices de concentración se calcularán a partir de las participaciones de los agentes económicos en el mercado relevante, sin considerar otra información para determinar el grado de competencia.

“De ahí que sólo sean auxiliares en el análisis de la existencia de poder sustancial en el mercado relevante.

“Ello implica que deberán analizarse en forma separada las demás cuestiones señaladas en los artículos 13 y 18 fracciones II y III de la Ley Federal de Competencia Económica y 12 de su Reglamento, tales como barreras a la entrada, el poder de los competidores, el acceso a fuentes de insumos, el comportamiento reciente de los agentes, el acceso a importaciones, la capacidad de fijar precios distintos de los de competencia y la existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.”

A su vez, el RLFCE señala en su artículo 10 que “...para determinar la participación de mercado a que se refiere la fracción I del artículo 13 de la Ley, se tomará en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión estime procedente.”

- b) Capacidad para fijar precios unilateralmente o para restringir el abasto: Del análisis comparativo de la participación de mercado de un agente económico, considerando los sustitutos, en relación con aquélla de sus competidores, es posible inferir la capacidad de que éste tiene para restringir el abasto del bien o servicio que ofrezca y por lo tanto para fijar de manera unilateral los precios.
- c) Existencias de barreras de entrada: Son obstáculos que enfrentan los agentes económicos que pretenden entrar a un mercado. Dichas barrera generalmente no impiden absolutamente la entrada a los nuevos agentes económicos, pero si hacen que ésta sea más lenta obligándolos a incurrir en costos anticompetitivos.

Las barreras a la entrada derivan de cuatro fuentes principalmente: el acceso bloqueado, las economías de escala, los requerimientos de capital y la diferenciación de productos, como quedo establecido en el Capítulo I, en el punto 1.1.2.

- d) Existencia y poder de competidores: El presente criterio está estrechamente ligado con aquél descrito en los incisos a) y b) anteriores, toda vez que, la participación de mercado y así, la capacidad que tenga para restringir el abasto de un bien o servicio un agente económico,

necesariamente debe ser medida en relación con la cantidad de competidores que existan en el mismo mercado.

- e) Posibilidades de acceso a fuentes de insumo: En opinión de Areeda y Kaplow⁴¹, la capacidad de los agentes económicos de un mercado relevante de allegarse de los insumos que requieren a efecto de estar en posibilidad de ofrecer un bien o servicio se encuentra desligada en gran parte de los criterios revisados anteriormente en relación con la participación de mercado. En este sentido, los costos en los que incurren los agentes económicos resultan de mayor importancia.

- f) Su comportamiento reciente: En cuanto a las condiciones económicas generales, y las condiciones particulares del mercado se combinan de forma tal que las empresas establecidas en el mercado, el acceso a materias primas y la adecuada o inadecuada capacidad industrial y recursos de capital se encuentran en la posición de controlar la producción y la distribución en una parte sustancial del mercado.

- g) El precepto en comento en su última fracción, nos remite al RLFCE el cual en su artículo 12 exige analizar adicionalmente para determinar el poder sustancial los siguientes:

⁴¹ Phillip Areeda, Louis Kaplow, *op. cit.* pág. 577.

- h) El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado: Se refiere al lugar que ocupan los bienes y servicios en relación al consumidor, es decir, al tipo de consumidor al que se dirige.

- i) La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación: Nos habla de la falta de acceso “real” a importaciones (si no existen aranceles, pero no se importan productos, puede ser que no se tenga acceso a tales importaciones) y la existencia de costos elevados de internación son todos los costos en que incurre una empresa para lograr “penetrar” sus productos en el mercado relevante, tanto del extranjero, como de otros mercados geográficos

- j) La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores: Se refiere a la elevación del precio por acudir a otros mercados de producto, por el área geográfica o en el ámbito temporal del mercado relevante, es decir, cuando los “costos de transacción” para acudir a otros mercados son significativos.

El poder sustancial es el que posee una empresa que no está sujeta a una competencia real, por lo que puede actuar en forma independiente y abusiva frente a sus competidores, clientes o proveedores, sin sufrir pérdidas. Son muchos los factores que se deben de tomar en cuenta para ver si una empresa cuenta con poder sustancial, siendo los más importantes su participación de mercado, la existencia de barreras a la entrada, el poder y fuerza de sus competidores, el acceso

a fuentes de abastecimiento o de infraestructura en forma exclusiva o situaciones coyunturales del mercado.

Por lo que se concibe, es necesario considerar a la totalidad de los agentes que efectivamente abastezcan el mercado a fin de delimitar de manera precisa el poder de mercado de cada uno de ellos. Tal afirmación en oposición con lo establecido en el artículo 14 del RLFCE, antes citado.

Dicha fracción también señala que se considerará el grado de concentración en el mercado de que se trate, misma que se entiende como el número de agentes económicos en un mercado relevante y el grado de participación que tienen en éste.

Como vimos, la fracción III del artículo 18 de la LFCE en cuestión, remite directamente al RLFCE. Mismo que en el citado artículo 15 hace referencia a dicha remisión y de cuyo análisis es relevante señalar lo siguiente:

- a) La fracción I remite al artículo 6° del RLFCE, disposición que se encuentra contenida en el Capítulo II de dicho ordenamiento, denominado “De las Prácticas Monopólicas”, y que a la letra dice:

“Artículo 6.- Los agentes económicos podrán acreditar ante la Comisión si las ganancias en eficiencia que se deriven de la práctica monopólica relativa inciden favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, lo cual deberá tomar en cuenta en la evaluación de las conductas a que se refiere el artículo 10 de la Ley.

“Se considerarán ganancias en eficiencia, entre otras:

“I. La obtención de ahorros en recursos que permitan al presunto responsable, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;

“II. La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;

“III La disminución significativa de los gastos administrativos;

“IV. La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, y

“V. La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.”

Por efecto del presente trabajo, baste con definir las ganancias en eficiencia como los ingresos por encima del costo marginal, que un agente económico percibe derivados de la instrumentación de estrategias tendientes a maximizar la adecuada colocación de sus recursos.

b) La fracción II hace referencia a los efectos derivados de la concentración, tanto en el mercado relevante como en mercados relacionados, así como respecto de los agentes económicos en dichos mercados. En este sentido, consideramos que el presente precepto está íntimamente ligado con la última parte del artículo 16 de la LFCE, toda vez que exclusivamente del análisis que propone se estará en posibilidad de determinar si la concentración es susceptible de ser prohibida o sancionada.

- c) Por lo que se refiere a la fracción III, consideramos que la determinación de la participación del agente o agentes económicos en el capital social de aquéllos que formen parte del mercado relevante resulta hasta cierto punto ociosa, toda vez que, al determinar la participación de aquéllos así como su poder sustancial, necesariamente habrá que considerar la participación que tengan sobre otros agentes económicos en dicho mercado, ya que dicha circunstancia afecta directamente su participación en éste, es decir, no resulta congruente analizar la participación directa de mercado de un agente económico, sin considerar aquella que efectivamente ejercite o esté en posibilidad de ejercer a través de otros agentes económicos.

De cualquier manera, los anteriores criterios, si bien útiles en el análisis de diversos aspectos del poder sustancial, se encuentran limitados a tener tal característica, lo cual nos hace continuar considerando exclusivamente la hipótesis prevista en la segunda parte del artículo 16, con base en la cual la CFC estará en posibilidad de instrumentar la facultad con la que está investida de conformidad con el artículo 24 del ordenamiento de referencia para impugnar y sancionar aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales similares o sustancialmente relacionados.

Por lo que respecta al referido artículo 16 *in fine*, es decir a bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados, podemos inferir que, se

conformidad con el análisis del artículo 12 de la LFCE, se trata del mercado relevante en que haya de tener lugar la concentración, así como de los demás mercados que resulten afectados por la misma.

Hasta este momento, hemos revisado las acepciones de impugnación y sanción, así como los elementos que de conformidad con el artículo 18 de la LFCE debe de considerarse a fin de determinar si una concentración debe ser impugnada o sancionada.

A continuación analizaremos el artículo 17 de la LFCE, a efecto de revisar los elementos que la CFC debe de considerar a fin de determinar si se encuentra frente a una concentración prohibida:

“Artículo 17.- En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa:

“I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

“II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante, y

“III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta Ley.”

La fracción I del citado artículo 17 de la LFCE, reproduce el contenido de la fracción I del estudiado artículo 13 del mismo ordenamiento, y como consecuencia, nos encontramos otra vez más ante el análisis del ejercicio de poder de mercado.

La fracción II hace referencia a dos de los supuestos contenidos en el proemio del artículo 10 de la LFCE, relativo a las prácticas monopólicas relativas, sin embargo, consideramos que la realización de la concentración puede verificar dichos supuestos, independientemente de la realización de prácticas monopólicas relativas posteriores al perfeccionamiento del acto.

Por su parte, la fracción III del precepto materia de estudio contiene los supuestos previstos en los artículos 9 y 10 de la LFCE, y que de conformidad con el artículo 8 del mismo ordenamiento se integra necesariamente como prácticas que disminuyen, dañen o impiden la competencia y la libre concurrencia.

Al respecto, consideramos que la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 17 de la LFCE no representa un indicio con base en el cual la CFC tenga conocimiento sobre si la concentración en análisis daña el proceso de competencia y libre concurrencia, toda vez que en términos del artículo 10 del citado ordenamiento, para la realización de las prácticas previstas en el mismo, debe comprobarse que el o los agentes económicos que llevan a cabo la práctica cuentan con poder sustancial en el mercado relevante.

En virtud de lo anterior, los fines con base en los cuales la CFC combate la realización de una concentración residen en evitar:

- a) **Que el o los agentes económicos resultantes de la concentración obtengan poder sustancial en el mercado relevante, y**
- b) **Que por el hecho de la concentración se desplace indebidamente a otros agentes económicos del mercado o se les impida la entrada a éste.**

Así, las concentraciones prohibidas son aquellas que tipifiquen la hipótesis normativa establecida en la última parte del artículo 16 de la LFCE y los signos de que hay lugar a dicha hipótesis, son aquéllos previstos en las fracciones del artículo 17.

2.3. El procedimiento preventivo en materia de concentraciones: la notificación previa.

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.

Para instrumentar esta actitud preventiva, la LFCE contempla un mecanismo de notificación previa de las concentraciones que exceden algunos umbrales en términos del tamaño de la operación. Dicha notificación previa no busca detener la actividad económica de los particulares. Es por eso que se establecen plazos perentorios para todos los trámites y para la respuesta por parte de la autoridad

Para fortalecer este aspecto, la notificación previa está sujeta a un proceso de afirmativa ficta: la autoridad puede no contestar sobre la notificación, en el entendido de que después de un plazo de 45 días, la operación es aprobada en forma automática. Por otro lado, cabe aclarar que el hecho de que una concentración sea aprobada, ya sea por que existe afirmativa ficta o porque la autoridad no la impugnó, no implica que la empresa resultante de la concentración quede exenta de la aplicación de la legislación en materia de competencia. Evidentemente, las empresas antes de concentrarse y el ente resultante de la concentración, en ambos casos, van a estar sujetos a la legislación de competencia y ni antes ni después podrán incurrir en dichas prácticas, so pena de recibir las sanciones que establece la Ley.

2.3.1. Supuestos en los que se requieren notificar las concentraciones.

La LFCE en su artículo 20, transcrito a continuación, señala que los actos jurídicos tendientes a verificar la hipótesis de concentración señalada en el artículo 16 del mismo ordenamiento, que rebasen los umbrales previstos en dicho artículo 20, deberán ser notificados a la Comisión antes de realizarse:

“Artículo 20.- Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:

“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 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; o

“II. 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.

“Para la inscripción de los actos que conforme a su naturaleza deban ser inscritos en el Registro Público de Comercio, los agentes económicos que estén en los supuestos I a III deberán acreditar haber obtenido resolución favorable de la Comisión o haber realizado la notificación a que se refiere este artículo sin que dicha Comisión hubiere emitido resolución en el plazo a que se refiere el siguiente artículo.”

Las tres situaciones anteriores se refieren a la “extensión de la transacción”, la “extensión de la meta” o la “extensión de las partes” y es de esos parámetros que depende la notificación o no de una concentración.

Por lo que se refiere tanto al proemio como al último párrafo del artículo anteriormente citado, resulta conveniente citar las provisiones que hace el RLFCE en su artículo 17 al señalar que:

“...La notificación de concentraciones a que se refiere el artículo 20 de la Ley deberá hacerse antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:

“I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;

“II. Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro agente económico, o se adquieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro agente económico;

“III. Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los agentes económicos involucrados, o

“IV. Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en dicho artículo.

“En el caso de concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberán notificarse antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional.”

Para efectos del cálculo de la cantidad establecida en el párrafo I del artículo 20 citado, se tomará en cuenta el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal del día anterior a aquél en que se realice la notificación.

2.3.2. Procedimiento de notificación previa.

El RLFCE en su artículo 18 señalar que están obligados a notificar la concentración, el fusionante, el que adquiera el control de las sociedades o asociaciones, o el que pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular las acciones, partes sociales, participación en fideicomisos o activos objeto de la

transacción, sin perjuicio de que pueda realizarse por cualquiera de los agentes económicos que participen en la transacción.

Los requisitos que de conformidad con el artículo 21 de la LFCE y con el artículo 20 del reglamento de dicho ordenamiento deben cumplirse a efecto de que la Comisión tenga por notificada una concentración son:

“Artículo 21.- Para los efectos del artículo anterior, se estará a lo siguiente:

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

“II. La Comisión podrá solicitar datos o documentos adicionales dentro de los veinte días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar dentro de un plazo de quince días naturales, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados;

“III. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin emitir resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción alguna;

“IV. En casos excepcionalmente complejos, el Presidente de la Comisión, bajo su responsabilidad, podrá ampliar el plazo a que se refieren las fracciones 11 y 111 hasta por sesenta días naturales adicionales;

“V. La resolución de la Comisión deberá estar debidamente fundada y motivada; y

“VI. La resolución favorable no prejuzgar sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados.”

Así, el artículo 20 del RLFCE detalla los requisitos siguientes sobre las bases expuestas en la fracción I anteriormente citada.

“Para efectos de la fracción I del artículo 21 de la Ley, la notificación de concentración deberá contener:

“I. Nombre, denominación o razón social de los agentes económicos que notifican la concentración y de aquéllos que participan en ella directa o indirectamente;

“II. En su caso, nombre del representante legal y los documentos que acrediten su personalidad, domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas para tales efectos, así como los datos que permitan su pronta localización;

“III. La escritura constitutiva y sus reformas o compulsa de los estatutos de los agentes económicos involucrados;

“IV. Los estados financieros del ejercicio inmediato anterior o estado de resultados actualizados de los agentes económicos involucrados;

“V. Certificación de la estructura del capital social de los agentes económicos participantes antes de la concentración, por la persona legalmente facultada para ello, sin que se requiera protocolización, apostillamiento o cualquier otra formalidad, sean sociedades nacionales o extranjeras, y descripción de la nueva estructura de dicho capital. Además, se debe identificar la participación de cada accionista directo e indirecto, antes y después de la concentración, y de las personas que tienen y tendrán el control;

“VI. Descripción de la concentración, sus objetivos y tipo de operación y proyecto del acto jurídico de que se trate, así como las cláusulas por virtud de las cuales se obligan a no competir y las razones por las que se estipulan;

“VII. Mención sobre los agentes económicos involucrados en la transacción que tengan directa o indirectamente participación en el capital social, en la administración o en cualquier actividad de otros agentes económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados con los bienes o servicios de los agentes económicos participantes en la concentración;

“VIII. Descripción de los principales bienes o servicios que produce u ofrece cada agente económico involucrado, precisando su uso en el mercado relevante y lista de los bienes o servicios similares y de los principales

agentes económicos que los produzcan, distribuyan o comercialicen en el territorio nacional;

"IX. Datos de la participación en el mercado de los agentes económicos involucrados y de sus competidores, y

"X. Localización de las plantas o establecimientos de los agentes económicos involucrados, la ubicación de sus principales centros de distribución y la relación que éstos guarden con dichos agentes económicos.

"Los documentos a que se refieren las fracciones II y III anteriores, se presentarán ya sea en original o copia certificada y, en su caso, copia simple para su cotejo.

Una vez analizados los requisitos para la admisión de la notificación de concentraciones revisaremos el procedimiento que se sigue conforme a los citados artículos de la LFCE y del RLFCE.

La Comisión realizará el análisis a que se refiere el artículo 18 de la LFCE, mismo que constituye la determinación del mercado relevante en que se va a llevar a cabo la concentración considerando la participación de mercado de los agentes económicos a concentrarse y por lo tanto, como ya explicamos, la existencia de los demás agentes económicos que participan en dicho mercado, la estimación del poder sustancial que adquirirán los agentes económicos a concentrarse en el mercado relevante, las ganancias en eficiencia que se deriven de la concentración y los efectos que dicha concentración tenga tanto en el mercado relevante como en los mercados relacionados.

El citado procedimiento se ve detallado en el artículo 20 del RLFCE en los siguientes aspectos:

“Cuando la notificación no reúna los requisitos a que se refieren las fracciones I a VIII anteriores, la Comisión deberá prevenir a los notificantes para que, en un término que no exceda de cinco días, presenten la información faltante; de no presentarla en dicho término, se tendrá por no notificada la concentración.

“De igual manera, se tendrá por no notificada la concentración cuando no se presente la información adicional solicitada en el plazo previsto en la fracción II del artículo 21 de la Ley. La Comisión sólo podrá requerir la información adicional que sea relevante para el análisis de la concentración conforme a los criterios establecidos en la Ley, lo cual deberá fundar y motivar en el requerimiento respectivo.

“La resolución de la Comisión que tenga por no notificada una concentración se deberá notificar al promovente dentro de los cinco días siguientes a aquél en que haya vencido el plazo para la presentación de la información requerida. Transcurrido el término de cinco días a que este párrafo se refiere sin que la Comisión emita y notifique la resolución indicada, se entenderá que el promovente presentó la totalidad de la información requerida.

“La Comisión podrá requerir información a otros agentes económicos relacionados con la concentración, sin que ello signifique que les dé el carácter de parte en el procedimiento de concentración.

“Los agentes económicos presentarán únicamente la información a que se refieren las fracciones I a VII anteriores, cuando acrediten ante la Comisión que es notorio que la transacción no tendrá como objeto o efecto incrementar el poder sustancial en el mercado relevante o disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia.

“La Comisión podrá eximir la presentación de algún requisito, cuando exista causa debidamente justificada para ello.”

Las resoluciones y acuerdos de requerimientos de información de la Comisión se notifican personalmente por escrito a las personas autorizadas para tal efecto.

Para las notificaciones que no requieran efectuarse personalmente, se emite una lista a disposición del público en las oficinas de la Comisión.

En nuestra opinión, el procedimiento de notificación de concentraciones se puede resumir en cuatro momentos, a saber:

- a) Presentación del escrito a través del cual se notifica la concentración en las oficinas de la CFC.
- b) En su caso, solicitud de datos o documentos adicionales dentro de los veinte días naturales siguientes a la recepción de la notificación.
- c) En su caso, entrega de documentos adicionales.
- d) Emisión de resolución por parte de la CFC.

2.3.3. Efectos de la resolución.

La resolución que emita la Comisión Federal de Competencia en ejercicio de sus facultades respecto del procedimiento de notificación previa de las concentraciones podrá versar en los siguientes sentidos:

- a) No objetar la concentración; resolución consistente en permitir que la concentración se lleve a cabo en los términos planteados en la notificación.
- b) No objetar la concentración, pero con fundamento en el artículo 19 fracción I de la LFCE, podrá sujetar la realización de dicho acto al

cumplimiento de las condiciones que fije, esto consiste en imponer determinadas restricciones al acto jurídico en virtud del cual ha de surtir efectos la concentración correspondiente con el objeto de que esta no dañe el proceso de competencia y libre concurrencia. El RLFCE en su artículo 16 nos detalla las condiciones que la Comisión podrá establecer a los agentes económicos, en términos de la fracción I del artículo 19 de la Ley:

“I. Llevar a cabo una determinada conducta, o abstenerse de realizarla;

“II. Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;

“III. Eliminar una determinada línea de producción;

“IV. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;

“V. Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos, o

“VI. Las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia.

“La Comisión no podrá imponer condiciones que no estén directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración. Las condiciones que se impongan deberán guardar proporción con la corrección que se pretenda.

“Los notificantes podrán solicitar a la Comisión que, en caso de que ésta pretenda dictar una resolución que tenga por objeto sujetar la realización del acto correspondiente al cumplimiento de condiciones, considere previamente sus propuestas.”

La LFCE⁴² se señala que no se podrán impugnar con base en esta ley, las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable, con excepción de aquellas que se obtuvieron con base en información falsa.

- c) **Objetar la concentración.** Cuando la CFC resuelve objetar la concentración, esta objeción consiste en la no autorización para que se lleve a cabo la concentración notificada, pues considera que esta puede disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia ya que puede que con la realización de la concentración se den alguno de los supuestos contenidos en el artículo 17 de la LFCE, los cuales ya se señalaron en el presente capítulo.

2.4. El procedimiento correctivo en materia de concentraciones: la investigación de oficio y la denuncia de concentraciones.

Como se desprende de sus funciones antes señaladas, la CFC está facultada para investigar las concentraciones a efecto de averiguar si dañan el proceso de competencia y libre concurrencia. Para ello la LFCE señala dos procedimientos: el previsto por el artículo 21 de la LFCE, mismo que ya revisamos, y aquel previsto en el artículo 30 del mismo ordenamiento, el cual podrá ser iniciado de oficio o a petición de parte.

⁴² *Ley Federal de Competencia Económica*, art. 22.

La investigación es un procedimiento que tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mismo que está regulado en los artículos 30 a 33 de la LFCE y 23 a 48 del RLFCE, a través del cual la CFC está en posibilidad de averiguar y conocer la verdad de los hechos determinados.

El desahogo del procedimiento señalado anteriormente da como resultado la necesidad de determinar si las conductas llevadas a cabo por los agentes económicos encuadran en las hipótesis normativas previstas como hechos ilícitos de conformidad con la legislación correspondiente para que, en su caso, sean sancionadas.

2.4.1. La denuncia.

Esta figura se encuentra contemplada en el artículo 32 de la LFCE, consiste en la facultad con la que cuenta un agente económico afectado de denunciar ante la CFC cuando considere que se ha realizado una concentración prohibida, es decir, que implique una afectación a la competencia y libre concurrencia.

“Artículo 32.-. Cualquier persona en el caso de las prácticas monopólicas absolutas, o el afectado en el caso de las demás prácticas o concentraciones prohibidas por esta ley, podrá denunciar por escrito ante la Comisión al presunto responsable, indicando en qué consiste dicha práctica o concentración.

“En el caso de prácticas monopólicas o concentraciones, el denunciante deberá incluir los elementos que configuran las prácticas o concentraciones y, en su caso, los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido o puede sufrir un daño o perjuicio sustancial.

“La Comisión podrá desechar las denuncias que sean notoriamente improcedentes.”

El citado procedimiento se ve detallado en el artículo 24 del RLFCE en los siguientes aspectos:

“...La denuncia a que se refiere el artículo 32 de la Ley, deberá contener:

“I. Nombre, denominación o razón social del denunciante;

“II. Nombre del representante legal en su caso, y copia simple de los documentos que acrediten su personalidad, domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas para tales efectos, así como los datos que permitan su pronta localización;

“III. Nombre, denominación o razón social y, en caso de conocerlo, el domicilio del denunciado;

“IV. Descripción de los hechos materia de la práctica monopólica o la concentración prohibida;”

“V. En el caso de prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas, los elementos que permitan definir el mercado relevante y determinar el poder sustancial del denunciado en dicho mercado y, en caso de conocerlo, la identificación de los agentes económicos relacionados en el mercado relevante;

“VI. En el caso de prácticas monopólicas relativas, los elementos por los que considere que sea o pueda ser desplazado indebidamente del mercado relevante o de otros mercados, o que el acceso a dichos mercados le sea o pueda ser sustancialmente impedido, o que pueda ser afectado por el otorgamiento de ventajas exclusivas;

“VII. En el caso de concentraciones, se debe acreditar que produce o pretende producir bienes o prestar servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados a los que produzcan o presten los agentes económicos que hayan realizado la concentración correspondiente o ser cliente, consumidor o proveedor del mercado relevante;

“VIII. En su caso los elementos que demuestren que ha sufrido o pueda sufrir un daño o perjuicio, para efectos del artículo 38 de la Ley;

“IX. En su caso, los elementos que permitan determinar la falsedad de la información con base en la cual la Comisión hubiere aprobado una concentración;

“X. Los datos que, de ser posible, permitan identificar a otros agentes económicos que pudiesen resultar afectados por la práctica monopólica o concentración prohibida;

“XI. Relación de los documentos que acompañen a su denuncia y los elementos de convicción que ofrezca, relacionados de manera precisa con los hechos denunciados, y

“XII. Los demás elementos que el denunciante estime pertinentes y, en caso de no tenerlos a su disposición, indicar el lugar o archivo en el que se encuentren, para que la Comisión provea lo conducente.

“Deberá presentarse copia de la denuncia y de los demás documentos que se acompañen a la misma para cada uno de los denunciados.”

Una vez presentada la denuncia por parte del agente económico en la oficialía de partes de la CFC, se deberá dictar un acuerdo dentro de un plazo de diez días, el cual podrá contener, la orden de inicio de investigación o el desechamiento de la denuncia parcial o totalmente por ser notoriamente improcedente o la prevención, que por única vez, se le realice al agente económico para que aclare su denuncia o la cumplimente en un plazo de quince días, mismo que podrá ampliar la Comisión por un término igual en los casos debidamente justificados. Desahogada la prevención se deberá dictar dentro de cinco días el acuerdo que corresponda. Si no se cumple en sus términos la prevención dictada, la denuncia se tendrá por no presentada de conformidad con el artículo 25 del reglamento de la Ley.

La CFC podrá desechar la denuncia por notoriamente improcedente de acuerdo a lo determinado en el artículo 26 del RLFCE en las siguientes circunstancias:

“I. Los hechos denunciados no estén previstos en la Ley como prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas.

“II. Los hechos y condiciones en el mercado relevante que se indiquen, hayan sido materia de una resolución en términos del artículo 33 de la Ley;

“III. Esté pendiente un procedimiento ante la Comisión referente a los mismos hechos, después de realizado el emplazamiento al presunto responsable;

“IV. Se encuentre en trámite un procedimiento de notificación de una concentración que no se haya realizado. En este caso la Comisión tomará en consideración los elementos que se aporten en la denuncia para resolver la concentración notificada; sin embargo, el denunciante no tendrá acceso a la documentación relativa a dicha concentración ni a impugnar el procedimiento, y

“V. Los hechos denunciados no sean de realización inminente.”

Los acuerdos y resoluciones de la Comisión se notifican:

- a) Personalmente en el domicilio señalado por las parte cuando se trate de resoluciones del pleno, oficios de requerimiento de información o documentación, acuerdos por el que se deseche una denuncia o se tenga por no presentada una denuncia, oficios por los que se requiera la comparecencia de las personas, o bien, acuerdos dirigidos a cualquier persona extraña a los procedimientos que se estén desahogando ante la Comisión, o cuando así lo ordene expresamente la Comisión.

- b) Por lista, para las notificaciones que no requieran ser notificadas personalmente, existe una lista a la disposición del público en las oficinas de la CFC, la cual puede ser consultada en la página de Internet.

Cuando los agentes económicos no señalen domicilio en su primera promoción, cualquier notificación, aún las personales, se harán por medio de lista.

2.4.2. El acuerdo de inicio de Investigación.

La realización de Investigaciones de Oficio es un procedimiento que tiene su fundamento en los artículos 24, fracción I, 30, 31 y 33 de la LFCE, 23, fracciones II y III, 30 y toda la sección segunda del capítulo V del RLFCE. Su objetivo es detectar la realización de operaciones de concentración:

- a) A las que se refiere el artículo 16 de la LFCE, que resultan nocivas o que tengan efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia (concentraciones prohibidas), así como aquellas que hayan obtenido resolución favorable por parte de la CFC, con base en información falsa, y
- b) Operaciones de concentración que debiendo ser informadas a la CFC previamente a su realización de conformidad con el artículo 20 y 21 de la LFC y 17 y 20 del RLFCE, este aviso de solicitud de autorización no se haya llevado a cabo.

Es importante señalar que en este último caso sólo la Comisión podrá iniciar una investigación de oficio.

Un extracto del acuerdo por el que la CFC, de inicio a una investigación se publicará en el Diario Oficial de la Federación dentro de los diez días siguientes a su emisión, el cual deberá contener de acuerdo con el artículo 27 del RLFCE, la concentración prohibida a investigarse, y el mercado en que se realiza, y podrá difundirlo en cualquier otro medio de comunicación cuando el asunto sea relevante a efectos de la Comisión, lo anterior con el objeto de que cualquier persona coadyuve en dicha investigación. Sin embargo existe la prohibición de que en ningún caso se revelará en la publicación antes citada el nombre, denominación o razón social de los agentes económicos involucrados en la investigación.

El periodo de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del acuerdo, y no podrá ser inferior a treinta días ni excederá de noventa. No obstante se autoriza al Pleno de la CFC, en los casos excepcionalmente complejos, la extensión del plazo por periodos que no excedan de noventa días.

Publicado el extracto del acuerdo, las personas que pretendan coadyuvar en el procedimiento podrán hacerlo hasta antes del emplazamiento al presunto responsable.

Iniciada una investigación de la cual se desprenda que existen elementos suficientes para determinar que el objeto o efecto de la concentración prohibida, sea

o pueda ser disminuir, dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia a nivel nacional; que las mismas incidan negativamente en el mercado relevante y otros mercados relacionados; que existan otros agentes económicos involucrados; o que exista una pluralidad de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, la Comisión podrá tramitar un solo procedimiento, ampliar los hechos de la denuncia o iniciar nuevos procedimientos, según sea más adecuado para la pronta y expedita tramitación de los asuntos.⁴³

La actuación de la CFC en este procedimiento consistirá en allegarse de toda la información necesaria de la cual se desprendan los elementos suficientes para que la autoridad integre la investigación es por ello que se autoriza a la CFC en el artículo 31 de la LFCE y 29 del RLFCE, a realizar requerimientos de información y datos relevantes, a toda persona que tenga relación con los hechos, las cuales tendrán la obligación de proporcionar dentro del plazo que le sea fijado y bajo protesta de decir verdad, así como de presentarse a declarar cuando sea citado.

La información y documentos que haya obtenido directamente la Comisión en la realización de sus investigaciones, así como los que se le proporcionen, son estrictamente confidenciales. Los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación de dicha información, excepto cuando medie orden de autoridad competente.

⁴³Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, art. 28.

El artículo 30 de la RLFCE establece que concluida la investigación, si existen elementos suficientes para sustentar la existencia de concentraciones prohibidas, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitirán un oficio de presunta responsabilidad, con lo cual la Comisión emplazará al presunto responsable.

En caso de que no existan elementos suficientes para sustentar la presunta responsabilidad de un agente económico, el Pleno de la Comisión decretará el cierre del expediente y en su caso, notificará esta resolución al denunciante.

2.4.3. El emplazamiento del presunto responsable.

En el derecho positivo mexicano, el concepto de emplazamiento se encuentra contenido principalmente en disposiciones de carácter procesal, en este sentido consideramos conveniente transcribir la definición que dicho concepto expone el autor Cipriano Gómez Lara:

“Es el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez que, al admitirla establece un término (plazo) dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente.”⁴⁴

Es en el mismo sentido del concepto anterior en que se plantea la LFCE el emplazamiento, pues se lleva a cabo un procedimiento administrativo en el que la autoridad (la Comisión) tiene a un tiempo la calidad de investigadora, que puede

⁴⁴ Cipriano Gómez Lara, *Teoría General del Proceso*. 9ª ed., Editorial Oxford, México, 2000, págs. 239-240.

actuar de oficio y sin sujetarse al principio de impulso procesal, o de juez, que intervendrá a petición de parte, en la solución de los conflictos que los agentes económicos (públicos o privados) le lleguen a plantear, siempre que resulten de actos sancionados por la LFCE⁴⁵.

El emplazamiento al presunto responsable se fundamenta en los artículos 33 de la LFCE y 30 del RLFCE.

A su vez, el artículo 33 de la LFCE nos señala en su fracción I, que se emplaza al presunto responsable, informándole en que consiste la investigación, acompañando, en su caso, copia de la denuncia.

En el artículo 30 de la RLFCE se establece que concluida la investigación, si existen elementos suficientes para sustentar la existencia de concentraciones prohibidas, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión emitirán un oficio de presunta responsabilidad, el que contendrá el nombre y domicilio del presunto responsable, los hechos materia de la concentración prohibida que se le imputen, los artículos que se estimen violados, y los elementos en que se apoye la presunta responsabilidad, con lo cual la Comisión emplazará al presunto responsable.

Lo anterior, exige de parte de la autoridad un emplazamiento mediante el oficio de presunta responsabilidad, que debe de contener, nombre y domicilio de los

⁴⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. UNAM, México, 1994, pág. 117.

agentes económicos a los que se les imputa la concentración, los hechos relevantes que acrediten la concentración imputada, pero no nada más esos, si no también los hechos que determinan el mercado relevante y la existencia o no de poder sustancial, las consideraciones jurídicas aplicables, que tiendan a la comprobación de la existencia de la concentración, con la cita de los artículos violados, la jurisprudencia y la doctrina aplicable, los medios probatorios, mencionando el tipo de prueba, su valoración preliminar tendiente a apoyar la presunta responsabilidad y su relación con los hechos concretos con que se relacionan y la sugerencia de las medidas concretas a seguir en el oficio de emplazamiento⁴⁶.

De otro modo, se puede violar la garantía de audiencia y los oficios de presunta responsabilidad puede que no cuenten con los requisitos que exigen los artículos en que se fundamenta.

2.4.4. La manifestación del presunto responsable de lo que a su derecho convenga y el ofrecimiento de pruebas.

Con fundamento en el artículo 33 de la LFCE, fracción II, el emplazado contara con un plazo de treinta días naturales para manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas documentales que obren en su poder y ofrezca las pruebas que ameriten desahogo. El mismo numeral nos remite en lo no previsto, a lo dispuesto en el reglamento de la Ley.

⁴⁶ Ginebra Serrabou, Xavier, *Derecho de la Competencia*. Editorial Cárdenas, México, 2001, pág. 443.

Es el RLFCE en su artículo 32, detalla lo antes señalado, estableciendo que:

“...El emplazado deberá referirse a cada uno de los hechos expresados en el oficio de presunta responsabilidad. Los hechos respecto de los cuales no haga ninguna manifestación se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario, lo mismo ocurrirá si no presenta su contestación dentro del plazo señalado en la citada fracción II.

“El presunto responsable podrá presentar su contestación y ofrecer los medios de prueba que considere pertinentes, en una o más ocasiones, pero en todo caso deberá hacerlo dentro del plazo a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley.

El mismo ordenamiento en el artículo 33, establece que las pruebas deberán ofrecerse con el escrito referido anteriormente, en el cual se exprese claramente el hecho o los hechos que se tratan de demostrar.

El precepto determina que al ofrecerse las pruebas debe de acompañarse, según el caso: el pliego de posiciones que habrá de absolverse, los interrogatorios al tenor de las cuales deben ser examinados los testigos, el lugar, periodos y los objetos y documentos que deben ser examinados en el reconocimiento o inspección, la materia de la prueba pericial y el cuestionario de preguntas y la designación del perito. Y determina que en su caso, dará vista al denunciante para que adicione el interrogatorio o el cuestionario.

2.4.5. El desahogo de pruebas.

Es en el RLFCE donde se detalla el procedimiento de emplazamiento y eso por ello que el desahogo de las pruebas se localiza en los artículos 34 a 39 del ordenamiento.

El artículo 34, establece que una vez contestado el oficio de presunta responsabilidad, se acordará la admisión de pruebas y se fijará el lugar, día y hora para el desahogo de las mismas. Señala que son admisibles todos los medios de prueba y que se desecharán las pruebas que no fuesen ofrecidas conforme a derecho, no tengan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarias.

El desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas se realizará dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado a partir de su admisión.

Las pruebas supervinientes podrán presentarse siempre que no se haya emitido la resolución definitiva.

La CFC notificará a los interesados con una anticipación mínima de tres días el inicio de las actuaciones necesarias para el desahogo de las pruebas que hayan sido admitidas.

El artículo 35, determina que los peritos, deberán rendir su dictamen en un plazo que no excederá de quince días contados a partir del día siguiente a aquél en que acepten y protesten el cargo. Dicho plazo será prorrogable a juicio de la Comisión en casos debidamente justificados. En el caso de que el especialista nombrado por el presunto responsable no compareciera sin causa justificada a rendir su dictamen dentro del plazo que para el efecto se le haya otorgado, se tendrá por desierta la prueba.

El artículo 36 otorga la facultad a la CFC, de allegarse en cualquier tiempo de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia de la concentración prohibida; no regirán para ella las limitaciones ni prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con los agentes económicos. Y le establece la obligación de cuidar que el procedimiento no se suspenda ni se interrumpa, para lo cual proveerá lo necesario para que concluya con la respectiva resolución. Asimismo, dictará todas las medidas necesarias para encausar legalmente el procedimiento. Los representantes legales de los agentes económicos, en cuyo poder no se prevea la facultad de absolver posiciones, podrán ser citados por la Comisión para que comparezcan a declarar sobre los hechos de que tengan conocimiento.

La Comisión fijará lugar, día y hora para que se lleven a cabo las diligencias necesarias que versen sobre las pruebas testimoniales, periciales o de inspección y cuando un agente económico, directa o indirectamente involucrado en un procedimiento, se oponga a la inspección o reconocimiento ordenados por la

Comisión, o no conteste a las preguntas que se le dirijan, deben tenerse por ciertas las cuestiones que con ello se pretende acreditar, salvo prueba en contrario. Lo mismo se hará si no se exhibe, durante la inspección que efectúe la Comisión la cosa o documento que tiene en su poder o de que puede disponer⁴⁷.

Desahogadas las pruebas, la Comisión, en un término que no excederá de quince días podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de alguna diligencia probatoria adicional que estime pertinente para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento, la que se desahogará dentro de los veinte días siguientes, debiendo previamente dar vista a los agentes económicos para que manifiesten lo que a su derecho convenga⁴⁸.

2.4.6. Los alegatos.

Esta parte del procedimiento tiene su fundamento en el artículo 33 de la LFCE, fracción III, que instituye que:

“...III. Una vez desahogadas las pruebas, la Comisión fijará un plazo no mayor a treinta días naturales para que se formulen los alegatos verbalmente o por escrito; y

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

⁴⁷ RLFCE, *op. cit.* art. 37-38.

⁴⁸ *Idem*, art. 39.

El artículo 39 del RLFCE, especifica los plazos para que se formulen los alegatos, al determinar que:

“I. Transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el párrafo anterior, cuando no se hubiera acordado la práctica de diligencia adicional alguna;

“II. Una vez desahogadas las pruebas para mejor proveer, o

“III. Vencido el plazo a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley, cuando el presunto responsable no haya comparecido, confiese los hechos o no existan pruebas que desahogar.

Los alegatos son como lo determina el autor José Ovalle Fabela:

“Las argumentaciones que formulan las partes, una vez realizadas las fases expositiva y probatoria, con el fin de demostrar al juzgador que las pruebas practicadas han confirmado los hechos afirmados y que son aplicables los fundamentos de derecho aducidos por cada una de ellas, por lo cual aquél deberá acoger sus respectivas pretensiones y excepciones al pronunciar la sentencia definitiva.”⁴⁹

Para los efectos de la fracción IV, del artículo 33 de la LFCE, el artículo 40 RLFCE señala que el expediente se entenderá integrado a la fecha de la presentación de los alegatos o al vencimiento del plazo de su presentación, la Comisión hará la declaratoria dentro de los tres días siguientes.

En cualquier etapa de un procedimiento seguido ante la Comisión y antes de que ésta dicte resolución definitiva, el presunto responsable podrá presentar escrito mediante el cual se comprometa a suspender, suprimir, corregir o no realizar la

⁴⁹ José Ovalle Fabela, *Derecho Procesal Civil*. 7ª ed., Editorial Harla, México 2000, pág. 154.

presunta concentración prohibida, para lo cual, los agentes económicos deberán acreditar que:

I. El proceso de competencia y libre concurrencia sea restaurable al cesar los efectos de la concentración prohibida, y

II. Los medios propuestos sean los idóneos y económicamente viables para dejar sin efectos la concentración, señalando los plazos y términos para su comprobación.⁵⁰

Recibido el escrito a que se refiere el párrafo anterior, el procedimiento quedará suspendido hasta en tanto la Comisión, en un plazo de quince días, emita su resolución, con la que podrá concluir dicho procedimiento sin perjuicio de que se impongan las sanciones correspondientes por la realización de la concentración prohibida y sin perjuicio de que el denunciante pueda reclamar daños y perjuicios.

2.4.7. Efectos de la resolución.

La Ley ejerce una política preventiva y pragmática con respecto a las concentraciones y para lograr los objetivos impone sanciones altas que espera tengan un efecto disuasivo sobre el comportamiento de los agentes para que ellos mismos se auto-regulen en la mayor parte de los casos.

⁵⁰ RLFCE, *op. cit.*, art. 41.

La CFC, esta facultada para conceder lo que es, de hecho, la suspensión de las concentraciones y para determinar las sanciones pecuniarias.

Es en el artículo 19 de la LFCE, que se determina que además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.

El artículo 35 del mismo ordenamiento, establece las sanciones que se mencionan en el párrafo anterior, determinando:

“...La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

“I. Ordenar la suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración de que se trate;

“II. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda;

“III. Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por haber declarado falsamente o entregar información falsa a la Comisión, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra;

“IV. Multa hasta por el equivalente a 375 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta;

“V. Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica relativa y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de lo dispuesto por la fracción VII del artículo 10 de esta ley;

“VI. Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna concentración de

las prohibidas por esta ley; y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por no haber notificado la concentración cuando legalmente deba hacerse: y

“VII. Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, a los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, en representación o por cuenta y orden de personas morales.

“En caso de reincidencia, se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda.”

La comisión, en la imposición de multas, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley, deberá considerar la gravedad de la infracción; el daño causado, que se considera como todo lo que produce un perjuicio, un menoscabo patrimonial⁵¹, aunque se puede referir al daño producido al proceso de competencia y libre concurrencia, mismo que deberá quedar acreditado en la imposición de la correspondiente multa; los indicios de intencionalidad; que es la voluntad, apoyada en el conocimiento correspondiente, que preside la realización de la conducta ilícita que requieren de esa forma de referencia psicológica del sujeto al hecho, lo cual deberá quedar plenamente acreditado en el procedimiento⁵²; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración, esto se refiere al tiempo que dure el acto ilícito a mayor duración, mayor será el monto de la multa y viceversa, tomando en cuenta los efectos para el futuro, si hay compromisos de competencia de acuerdo al artículo 41 del reglamento y la reincidencia o antecedentes del infractor, es decir, si las

⁵¹ Diccionario Jurídico, *op. cit.*, página 811.

⁵² *Idem*, pág. 1203.

personas han cometido y han sido sancionados por algún delito o infracción administrativa; y por último su capacidad económica.

El artículo 37 de la LFCE, deja a juicio de la CFC, que en el caso de las infracciones a que se refieren las fracciones IV a VII del artículo 35 que revistan particular gravedad, ésta podrá imponer, en lugar de las multas previstas en las mismas, una multa hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta.

La LFCE, resguarda los derechos que tiene los agentes económicos para demandar por daños y perjuicios:

“Artículo 38.- Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión.

“No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta ley, fuera de las que la misma establece.”

2.5. El recurso de reconsideración.

La Ley Federal de Competencia Económica prevé en su artículo 39 un medio de defensa para los particulares para impugnar las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia que les agraven.

El recurso de reconsideración previsto en la LFCE tiene como objeto fiscalizar la justicia de la decisión, pero no únicamente por lo que hace a la justicia, sino a la legalidad de la resolución respecto de ella misma y respecto del procedimiento que le antecede.

El recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada que causa un agravio personal y directo en el agente económico.

El recurso se interpone ante la propia Comisión Federal de Competencia, dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes al en que surte efectos la notificación de la resolución, siendo así el día siguiente a que se practican; se realiza mediante escrito dirigido al presidente de la Comisión, el cual deberá de contener nombre y domicilio del recurrente y los agravios, así como las constancias que acrediten la personalidad del promovente.

De acuerdo con el RLFCE⁵³, el recurso de reconsideración sólo podrá ser interpuesto por él denunciante, el presunto responsable, quienes sean parte en un procedimiento de notificación de concentración o los involucrados en el procedimiento previsto en el artículo 50 del reglamento, y que versa sobre opiniones de competencia efectiva.

Asimismo, sólo se podrá interponer el recurso de reconsideración en contra de resoluciones que pongan fin a un procedimiento, declaren tener por no presentada una denuncia o por no notificada una concentración.

Los únicos medios probatorios adicionales admisibles serán los que tengan carácter de supervinientes, guarden relación con los hechos controvertidos y puedan modificar el sentido de la resolución impugnada.

El presidente de la CFC dispondrá de un plazo de cinco días para dictar el acuerdo de admisión o de desechamiento del recurso⁵⁴. Si se admite, deberá darle vista al presunto responsable, al denunciante y a los involucrados en el procedimiento previsto en el artículo 50 para que en un plazo de 10 días, manifieste lo que a su derecho convenga.

La interposición del recurso de reconsideración suspende la ejecución de la resolución impugnada; en el caso de suspensión, corrección o supresión de una

⁵³ RLFCE, *op. cit.*, art. 52.

⁵⁴ *Idem*, art. 53.

práctica monopólica o concentración, la desconcentración de una operación indebida con el riesgo de causar daños a terceros, el recurso se concede si el promovente otorga la garantía suficiente para reparar el daño o indemnizar los perjuicios si no se obtiene la resolución favorable.

De acuerdo con la Ley⁵⁵, la CFC dispone de un plazo de sesenta días a partir de la interposición del recurso para dictar resolución y notificar al promovente. El silencio de la Comisión significa que se ha confirmado el acto impugnado.

⁵⁵ *Idem*, art. 52.

CAPÍTULO III

3. LAS CONCENTRACIONES EN DERECHO COMPARADO.

La entrada en vigor de la LFCE representa el más importante de los esfuerzos del Estado para el desarrollo de una economía de libre mercado a través de la regulación de la actuación de los agentes económicos en los mercados, con el fin de proteger no sólo los intereses de los consumidores sino también la correcta disposición de los recursos.

La LFCE adopta los lineamientos generales de la legislación en materia de competencia de los Estados Unidos de América, motivo por el cual consideramos conveniente llevar a cabo un análisis general de la legislación en materia de competencia económica vigente en ese país, así como de la regulación específica en materia de concentraciones.

La globalización de la economía mundial y su creciente influencia sobre la evolución de los negocios en México, repercuten en la política de competencia, por ello, se analiza la legislación en materia de competencia económica vigente y la regulación específica en materia de concentraciones de la Unión Europea, pues constituye el mercado único más grande del mundo.

3.1. Las concentraciones en los Estados Unidos de América.

En opinión de Ernest Gellhorn⁵⁶ las leyes en materia de competencia económica de los Estados Unidos de América, han sido diseñadas a efecto de controlar el ejercicio del poder económico de los particulares a través de los siguientes actos de autoridad: prevenir el monopolio, penalizar los cárteles e implementar cualquier otro acto tendiente a proteger la competencia.

En este sentido, a continuación revisaremos la principal legislación vigente en relación con la materia:

Sherman Antitrust Act.

Aceptada por el Congreso de los Estados Unidos el 2 de julio de 1890, el Sherman Antitrust Act (SAA, por sus iniciales en inglés) fue el primer ordenamiento encaminado a combatir la concentración de poder económico en manos de particulares cuyo efecto fuese reducir la competencia.

El artículo primero de dicha ley califica como ilegal toda combinación que tienda a restringir el comercio entre estados o con países extranjeros. Esta prohibición se aplica además a cualquier acuerdo con los siguientes efectos: fijación de precios, limitación de la producción industrial o exclusión de la libre competencia.

⁵⁶ Ernest Gellhorn, *op. cit.* pág. 1.

Así mismo, el SAA prevé que serán ilegales los intentos para monopolizar cualquier parte del intercambio de bienes y servicios en los Estados Unidos.

Los hechos perpetrados en contravención al SAA son castigados con penas que van desde sanciones pecuniarias hasta la pérdida de la libertad y, en caso de litigio entre particulares, la parte que resulte afectada puede demandar el pago de una cantidad equivalente al triple que resulte de los daños y perjuicios sufridos.

Por más de una década después de su entrada en vigor, el SAA fue invocado, de manera esporádica, en contra de los monopolios industriales, sin embargo, cuando esto sucedía rara vez tenía éxito, principalmente debido a interpretaciones judiciales cerradas sobre el comercio entre estados.

En 1894, el SAA fue implementado por el gobierno federal con el fin de escindir un sindicato de trabajadores de ferrocarriles en huelga, acusando a dicho sindicato de restringir el comercio entre estados. Lo anterior fue apoyado por la Suprema Corte de Justicia, una año más tarde, en virtud de la decisión del senador por el estado de Vermont, George F. Edmunds, quien sostenía que algunas de estas agrupaciones de trabajadores entorpecían el comercio.

En este sentido, la primera aplicación real de esta ley ocurrió durante la administración del presidente Theodore Roosevelt (1901-1909), mismo que implementó las disposiciones contenidas en la misma en respuesta a la preocupación del pueblo por la propagación de los llamados *trusts* o cárteles, que se

consideraba habían contribuido a los continuos aumentos de precio que tenían verificativo desde 1897.

“ La visión común de la ley en relación con los mercados, era que el público estaba lo suficientemente protegido en tanto el derecho a comerciar, primordialmente la libertad de entrar y competir, estuviera garantizada. La carencia de adecuación de esta salvaguarda fue primeramente aparente en el momento en que se consideró que los ferrocarriles habían tomado ventaja de su posición privilegiada.”⁵⁷

En 1902 se demandó la disolución de un monopolio ferrocarrilero en el noroeste de Estados Unidos y el presidente Roosevelt inició movimientos en contra de monopolios tales como los del petróleo y el tabaco.

En todos los casos, la Suprema Corte de Justicia apoyó al gobierno inclusive resolviendo, en 1911, en oposición a sus propios fallos emitidos en 1895 en lo relativo en dichas áreas.

En 1920, la Suprema Corte de Justicia interpretó el SAA a través de un principio llamado *rule of reason*, que puede ser traducido como “la regla de la razón” (ROR, por sus siglas en inglés), el cual explica que no todo convenio que limite el comercio es ilegal, sino únicamente la limitación irracional de éste, a través de fusiones y conductas de depredación de precios.

⁵⁷ *Idem*, pág. 15.

Clayton Antitrust Act.

A pesar de las actividades en pos de la libre competencia, al amparo del SAA, de los gobiernos de Roosevelt y Taft, en 1913, el Congreso decidió que las grandes compañías habían crecido mucho más de lo previsto y que el control del dinero y los créditos del país se encontraba en manos de unos cuantos hombres, que tenían el poder para hundir a la nación en un pánico financiero. Debido a lo anterior, cuando el presidente Woodrow Wilson solicitó una revisión radical de la legislación existente sobre competencia, el Congreso ya tenía listo el Clayton Antitrust Act.

El 15 de octubre de 1914 fue aprobado por el Congreso de los Estados Unidos el mencionado Clayton Antitrust Act (CAA, por sus iniciales en inglés), con el fin de clarificar y reforzar el SAA, toda vez que sus disposiciones habían resultado vagas y oscuras, permitiendo que grandes compañías se involucraran en ciertos negocios que no eran ilegales en sí mismos, pero daban como resultado concentraciones con efectos adversos en la libre competencia.

En tanto que el SAA declara al monopolio como ilegal, el CAA define detalladamente varios tipos de conductas ilegales que conducen a la formación de monopolios o que resultan de los mismos, en este sentido, ciertas figuras de sociedades y de uniones entre las mismas son prohibidas, así como la división de territorios de ventas entre competidores denominados naturales.

Dos artículos fueron modificados por el Robinson-Patman Act (RPA, por sus iniciales en inglés) de 1936, y el Celler-Kefauver Act (CKA, por sus iniciales en inglés) de 1950, como se verá posteriormente.

La reforma instrumentada a través del RPA estableció que el artículo 2°, relativo al precio y otras formas de discriminación entre consumidores, tuviera una aplicación más tangible.

Por su parte, el CKA fortaleció el artículo 7°, prohibiendo que una corporación asegurara no sólo el capital social sino los activos fijos de otra, siempre que por virtud de dicho acto se disminuyera la competencia. Esta forma extendió la cobertura de las leyes de competencia para todas las formas de fusiones, cuando éstas tuvieran como efecto disminuir la competencia o el objeto de crear un monopolio.

Cabe señalar que, antes de la entrada en vigor del RPA y el CKA, las medidas legislativas solamente habían restringido las fusiones horizontales, es decir, aquéllas que involucran compañías que se ubican en el mismo mercado. Así, el CKA restringe inclusive las fusiones de compañías que se dediquen a diferentes industrias denominadas en los Estados Unidos de América como concentraciones conglomeradas (*conglomerate mergers*)

Federal Trade Commission Act.

En 1914 se aprobó el Federal Trade Commission Act (FTCA, por sus iniciales en inglés) junto con la creación de la Federal Trade Comisión (Comisión Federal de Comercio, en lo sucesivo FTC, por sus iniciales en inglés), otorgándole poderes judiciales, legislativos y ejecutivos para administrar los SAA y CAA.

El artículo 5º del FTCA prohíbe métodos injustos de competencia, que según la Suprema Corte se refieren a todas las actividades prohibidas por los SAA y CAA.

Las autoridades en Materia de competencia en los Estados Unidos de América son de conformidad con los artículos 4 y 16 de CAA, los tribunales federales de distrito tienen competencia material y personal para conocer sobre denuncias privadas en relación con competencia económica.

Por su parte, el artículo 12 del mismo ordenamiento, establece que los tribunales citados, tendrán jurisdicción extraterritorial en los casos en que deba conocer en virtud de competencia personal.

El *Department of Justice* (en lo sucesivo DOJ, por sus iniciales en inglés) es la agencia encargada de vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia de competencia económica.

El DOJ es una agencia perteneciente al ejecutivo federal, es presidida por el “Attorney General” (Procurador General) quien es miembro del gabinete del Presidente.

El DOJ actúa a través de la Antitrust Division (División de Competencia Económica) a fin de aplicar el SAA, y el CAA de manera conjunta con la FTC.

La División de competencia es presidida por el Assistant Attorney General (Subprocurador general) quien en la práctica funge como jefe en la materia, en representación del DOJ.

El Subprocurador citado, es nombrado por el Presidente de los Estados Unidos y ratificado por el Senado.

La División cuenta, exclusivamente, con facultades de investigación y de persecución, por lo cual las acciones tendientes a denunciar concentraciones que atenten contra la libre competencia deberán iniciarse ante los Tribunales Federales en Materia Civil.

Por su parte, la principal actividad de la FTC consiste en la evaluación de concentraciones, una vez que éstas le han sido enteradas por los particulares al llevar a cabo la notificación prevista en las reglas correspondientes.

Regulación específica de las concentraciones en los Estados Unidos de América.

El análisis en materia de política de competencia económica de los Estados Unidos de América consuetudinariamente denomina concentración a la unión permanente de empresas anteriormente independientes. En este sentido, podemos hablar indistintamente de concentraciones, consolidaciones, adquisiciones, fusiones, o cualesquiera otras formas de unión, siempre que éstas concentren la facultad de ejercer el control en una entidad distinta de aquella que lo ejercía anteriormente de manera autónoma.

De conformidad con Areeda y Kaplow⁵⁸, las concentraciones suelen clasificarse de acuerdo a la relación de mercado que tengan las partes que intervengan en las mismas, como se expone a continuación:

- a) Horizontales: cuando las partes que intervienen son competidoras entre sí;

- b) Verticales: cuando las partes que intervienen son o pueden ser comprador y vendedor, y

- c) Conglomerados: en todos los demás casos.

⁵⁸ Phillip Areeda, Louis Kaplow, *op.cit.* pág.793.

Es relevante anotar que de acuerdo a la legislación existente, a lo largo de los años han existido uno u otro tipo de concentraciones con mayor frecuencia. En este sentido, es conveniente observar el desarrollo de las concentraciones en el último siglo.

“ A finales del siglo pasado y principios de éste, múltiples adquisiciones se llevaron a cabo dentro de un mismo mercado a efecto de conseguir el monopolio. La adquisición característica de los años veinte fue también horizontal y frecuentemente con el fin de crear o fortalecer un oligopolio. El movimiento relativo a las concentraciones de los años cuarenta fue más diverso, y las grandes concentraciones de los sesenta fueron en su mayoría conglomerados, sin perjuicio de que la adquisición acostumbrada concerniera a un producto relacionado (concentración para ampliación de producto) o el mismo producto en un mercado geográfico distinto (concentración para ampliación de mercado). Las concentraciones de los años ochenta, generalmente el resultado de apropiaciones hostiles, han envuelto combinaciones horizontales entre las compañías mayores en un mercado.”⁵⁹

Lo que ha denotado que uno u otro tipo de concentraciones se presente con mayor anuencia dependiendo de ciertas décadas está directamente ligado con la historia de la regulación de éstas, la cual analizamos a continuación.

En este sentido, es necesario apuntar que las primeras manifestaciones en torno a regular las concentraciones se dieron con base en el artículo primero del SAA.

Dicho precepto prohíbe cualquier acuerdo que restrinja la competencia entre competidores. En este sentido, el convenio tendiente a la unión directa de dos

⁵⁹ *Idem*, págs. 802-803.

personas que compiten entre sí, es una sola, elimina necesariamente a alguno de los dos y es, por lo tanto, un acuerdo que atenta contra el proceso de competencia.

Sin embargo, en opinión de Gellhorn⁶⁰, la rigidez de dicho criterio lejos de propiciar la libre competencia restringía ésta. Varias concentraciones nunca fueron revisadas bajo los preceptos del SAA, e inclusive en 1911, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América llegó a crear una ROR, en la inteligencia de que sólo aquellas concentraciones que tendieran al monopolio o a la creación de cárteles deberían ser examinadas bajo el SAA.

La principal disposición del CAA, en materia de control de concentraciones, es el artículo 7, mismo que prevé que las adquisiciones de capital y activos, incluyendo fusiones y joint ventures⁶¹, pueden ser consideradas como ilegales cuando sus efectos resulten en un menoscabo de la libre competencia o tiendan a la creación de un monopolio con respecto de un determinado mercado o producto. Las violaciones a dicho artículo 7 del CAA, constituyen métodos injustos de competencia y han sido declarados como ilegales por el FTCA.

De cualquier manera, la ROR descrita era de difícil aplicación debido a que el análisis a que debían sujetarse las concentraciones no atendía de manera exclusiva al mercado en el que fuera a darse dicha concentración, sino a la forma en que ésta

⁶⁰ Ernest Gellhorn, *op. cit.* pág. 337.

⁶¹ No existe en el derecho positivo mexicano contrato alguno con el que se pueda comparar el joint venture. En la práctica suele denominarse erróneamente como contrato de asociación en participación o contrato en consorcio, sin embargo debido a que las provisiones para el primero se encuentran reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, y el segundo es un contrato atípico hemos preferido evitar una traducción que no tendría efecto académico o en relación con el presente trabajo.

afectaría directamente a la competencia, no pudiendo establecer parámetros claros en este sentido.

En virtud de lo anterior, en 1914 el Congreso de los Estados Unidos de América, adoptó el artículo 7 del CAA a efecto de detener la creación de cárteles.

-

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo que antecede, dicho precepto nunca tuvo mucho impacto toda vez que se refería exclusivamente a la adquisición de capital de otra empresa, para lo cual la salida radicaba en adquirir todos los otros activos de dicha empresa sin necesidad de afectar el capital social.

Adicionalmente, una serie de decisiones posteriores limitaron el alcance del texto original del artículo 7, en primer lugar, al impedir su aplicación inclusive a las adquisiciones de capital social, siempre que una vez finalizada la concentración se limitara a la adquisición de activos y, en segundo lugar, al requerir que los efectos en la competencia tuvieran la importancia exigida por el SAA.

En ese sentido, en 1950 el Congreso determinó reformar dicho artículo a efecto de incluir entre sus alcances la adquisición de activos.

Actualmente el texto del artículo 7 del CAA reza lo siguiente:

“ 7:Ninguna persona comprometida en el comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio deberá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o parte del capital social o de las acciones y ninguna persona sujeta a la

jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio deberá adquirir en todo o en parte activos de otra persona comprometida también en el comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio, cuando en cualquier línea de comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio en cualquier sección del país, el efecto de dicha adquisición pueda ser sustancial a efecto de disminuir la competencia o tienda a crear un monopolio.”

Resulta conveniente analizar separadamente cada uno de los elementos del artículo 7 del CAA, ya que se trata de la principal fuente regulatoria de las concentraciones.

Consideramos adecuado seguir, para dicho análisis, el planteamiento a que hacen referencia los ya citados Areeda y Kaplow.⁶²

Aspectos generales de las adquisiciones:

- a) Persona que afecte el comercio.- Hasta 1980 el artículo 7 del CAA se aplicaba solamente a adquisiciones en las que intervinieran dos o más sociedades, por lo tanto, los comerciantes no constituidos como éstas eran inmunes a la prohibición de dicho artículo, así como aquéllas no comprometidas en el comercio interestatal o internacional.

En dicho año, se reformó el texto del artículo de referencia, ampliando su alcance en dos sentidos:

- i) Se aplica a todo tipo de personas, y

⁶² Phillip Areeda, Louis Kaplow, *op. cit.* págs. 785-825.

- ii) Abarca a todos aquellos involucrados en “cualquier actividad que afecte el opción comercio”.

Además, el SAA y el FTCA son aplicables a cualquiera concentración que afecte el comercio sin importar las personas participantes en dicha concentración son o van a conformar una persona moral.

- b) Adquirir.- Generalmente existe dificultad en identificar una adquisición para efectos del artículo 7, probablemente no incluiría una oferta de compra en sí misma ni tampoco incluiría un mero contingente sobre los activos o el capital social, al menos no hasta que el acreedor de dicho contingente lo ejecutará afectando a la competencia. Sin embargo, un contrato de arrendamiento con opción a compra, así como un contrato de derecho a opción sobre los activos de una persona, cabrían dentro de los parámetros del artículo en cuestión.
- c) Adquisición parcial de activos.- Desde su reforma en 1950, el artículo 7 prevé la adquisición de activos así como de capital social, de forma parcial o total. Al respecto, cabe señalar que no todas las adquisiciones parciales implican una violación a lo dispuesto por el artículo de referencia, tales como la compra de material para oficina o la obtención de un certificado de patente. Sin embargo, en este último caso, si la obtención de un certificado implica, en consecuencia la adquisición de un negocio

previamente constituido, entonces caerá dentro de la competencia del artículo en estudio. Así, es posible sugerir que las adquisiciones de activos a que se refiere el artículo 7 comprenden, entre otras:

- i) El caso en que la adquisición de activos comprende la obtención de la participación de mercado de una sociedad, relativamente inmediata y permanente.
 - ii) El supuesto en que, en virtud de la unión, tenga lugar la racionalización o desplazamiento en un mercado, de ciertos bienes o servicios, sin perjuicio de qué tan escasos sean.
- d) Adquisición parcial del capital social.- La adquisición del control o los actos que propendan a la adquisición del mismo son considerados como una concentración. La adquisición parcial del capital social que no esté encaminada a intervenir en la administración de la sociedad, debe ser considerada como una concentración fuera del alcance del artículo 7 y con efectos puramente relacionados con la inversión. Sin embargo, si la intervención en el consejo de administración está contemplada, la concentración no deberá ser analizada con el propósito puramente relacionados con la inversión. Así mismo, en un contexto horizontal, la inversión sustancial en el patrimonio de un competidor, que no tenga como fin obtener el control, es susceptible de afectar el status de los demás competidores en el mercado.

- e) *Joint ventures*.- Estos acuerdos generalmente envuelven la copropiedad o el control de activos de una u otra forma. De cualquier manera, representan la creación de una nueva entidad, y por lo tanto pueden caer dentro de la competencia del artículo 7, tal y como lo ha definido la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América.

Aspectos procesales generales:

- a) *Premerger Notification* (Notificación de concentraciones).- El artículo 7 A del CAA, vigente a partir de 1976 requiere que se notifiquen al gobierno las grandes concentraciones, a saber:
- i) Cuando la compañía que adquiera tenga activos o ventas anuales por más de 100 millones de dólares, y
 - ii) Cuando la compañía adquirida cuente con activos con un valor mayor a 10 millones de dólares y, en su caso de compañías de manufactura, aquéllas que tengan ventas anuales por esa misma cantidad.

La transacción será relevante únicamente cuando la compañía que adquiera detente más de 15 millones de dólares del capital social o 15% de las acciones con derecho a voto de la compañía adquirida.

Las adquisiciones, una vez que la notificación se ha completado, pueden ser consumadas en los siguientes momentos:

- i) 30 días, y
- ii) 15 días en los casos en que la operación se realice en virtud de una oferta en efectivo.

Este periodo de espera puede ser ampliado por 20 días en caso de que la agencia gubernamental requiera información adicional.

La información adicional a que se refiere el párrafo anterior es requerida mediante las reglas emitidas por la FTC conjuntamente con el Fiscal General Adjunto del DOJ, encargado de la División de Competencia.

Estas reglas especifican la información que debe de entregarse en la notificación, definen los conceptos a que se hará referencia y hacen las excepciones conducentes a efecto de que la notificación proporcione a la autoridad la información esencial para poder llevar a cabo las investigaciones necesarias y, en su caso aprobar la concentración.

Según exponen Rowley y Baker⁶³, la persona que se vea afectada por la violación de los preceptos en materia de competencia económica, podrá demandar por treble damages⁶⁴, u obtener una orden judicial de hacer o no hacer, dirigida a la contraparte (injunctive relief), incluyendo la privación de un derecho (divestiture). Cabe señalar que la mayoría de las acciones solicitan la obtención de una orden judicial en el sentido del injunctive relief y del divestiture, más que el pago de treble damages.

Sanciones

Generalmente implican la disolución de las concentraciones, sin embargo, existe la posibilidad para el DOJ, la FTC y denunciante particulares, de solicitar que se ordenen provisiones precautorias.

En este sentido, más que evitar la concentración, la autoridad puede consentir que ésta se lleve a cabo, advirtiendo a la compañía adquirida que debe ostentarse separadamente en tanto se determina la disolución de la concentración. Así mismo, varios casos sugieren que la rescisión de una concentración consumada puede presentarse.

⁶³ J. William Rowley, Donald L. Baker, *International Mergers, The Antitrust Process*. 2a ed., Editorial Sweet & Maxell, Londres, 1996, v. II, t. IV, pág. 1652.

⁶⁴ "Daños triplicados, figura particular de la legislación antimonopólica estadounidense, en virtud de la cual la indemnización de ciertos daños y perjuicios equivale al triple de los daños efectivamente causados." Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Eleanor Hoague, *Diccionario Jurídico Law Dictionary*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996, pág. 764.

Lineamientos para la realización de concentraciones emitidos por el DOJ.

Una vez hecho el análisis de los elementos que integran el artículo 7 de la CAA por lo que se refiere a los conceptos de adquisición y a las generalidades del procedimiento, consideramos necesario anotar la existencia de un tercer tipo de regulación relacionada con las concentraciones: los lineamientos para la realización de concentraciones emitidos por el DOJ denominados *Department of Justice Merger Guidelines* (DOJMG, por sus iniciales en inglés).

Los DOJMG, establecen los parámetros obligatorios exigidos por el Departamento de Justicia para la realización de concentraciones; sin embargo, carecen de la obligatoriedad de una ley por tratarse simplemente de normas emitidas por una agencia del gubernamental que no siguieron el proceso legislativo formal.

De conformidad con lo expuesto por los autores Sullivan y Harrison⁶⁵, el objeto de dichos lineamientos radica en que las concentraciones no deben de ser impugnadas en tanto no fomenten a la colusión o incrementen el poder de mercado en grado tal que propendan al monopolio o el oligopolio.

Así mismo, los autores citados establecen que los DOJMG se centran en la estructura y comportamiento de los mercados, comenzando por definir el poder de

⁶⁵ Harrison Sullivan, Jeffrey L. Thomas E., *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. 2a ed., Editorial Matthew Bender, Estados Unidos de América, 1994, pág. 291.

mercado como la habilidad para mantener precios por encima de niveles competitivos en un periodo determinado.

Los DOJMG analizan dicho poder de mercado en términos del producto relevante y el mercado geográfico, así como los servicios ofrecidos por las sociedades que deseen concentrarse. Para cada uno de dichos productos, los lineamientos requieren que el DOJ defina el mercado en el que las compañías efectivamente ejercerán dicho poder a través de la colusión.

El mercado es aquel en el que una compañía hipotética puede imponer un pequeño pero significativo y no transitorio aumento en el precio por encima de los actuales o futuros niveles competitivos. El aumento del precio hipotético generalmente usado es del 5%.

En 1992 el DOJ y la FTC emitieron de manera conjunta los *1991 Merger Guidelines* (lineamientos para las concentraciones) siendo que anteriormente cada agencia emitía sus propios lineamientos.

Éstos se aplican exclusivamente a concentraciones de tipo horizontal, en tanto que aquellos emitidos con anterioridad, de manera individual por cada agencia, aplican para todos los demás tipos de concentración.

3.2. Las concentraciones en la Unión Europea.

El Tratado Constitutivo de la Unión Europea establece en sus principios que los Estados miembros y la Comunidad instaurarán una política económica que se aplicará respetando el principio de una economía de mercado abierta en régimen de libre competencia.

La política de competencia comunitaria persigue el objetivo de defender y desarrollar una competencia eficaz en el mercado común.

De acuerdo con la política de competencia comunitaria.⁶⁶ La competencia es un mecanismo fundamental para una economía de mercado que confronta la oferta (de productores y consumidores) y la demanda (de clientes intermedios y consumidores). Los oferentes proponen en el mercado de productos o servicios en función de las exigencias de la demanda. Los demandantes buscan la mejor relación entre calidad y el precio del producto o servicio que necesitan. La respuesta más eficaz resulta de la confrontación entre los oferentes.

La competencia constituye, pues, un instrumento simple y eficaz para garantizar a los consumidores un nivel excelente de calidad y precio de los productos y servicios. Además, la competencia lleva a las empresas a esforzarse a buscar la competitividad y la eficiencia económica. Esta política esta en condiciones

⁶⁶ Comisión Europea, *La Política de Competencia en Europa y el Ciudadano*. Oficina de publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2000, pág. 7.

de consolidar la estructura industrial y comercial de la Comunidad para permitirle hacer frente a la competitividad de sus principales socios y a dar a las empresas comunitarias los medios de llevar a cabo una política comercial agresiva en los mercados exteriores.

Para que la competencia sea eficaz, el mercado debe estar constituido por oferentes independientes entre sí y sometidos a la presión competitiva ejercida por los otros. Por ello el Derecho de Competencia tiene como objetivo preservar la capacidad de los oferentes para ejercer esta presión en el mercado, prohibiendo los acuerdos o prácticas contrarios a la competencia.

La política europea de competencia se basa en un marco legislativo comunitario establecido esencialmente por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁶⁷. El cual lo establece en los artículos 81 a 90, a los que conviene añadir el Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones. Así, sobre la base de estos textos fundamentales, la política de competencia se articula en torno a cuatro grandes ámbitos de acción:

- La represión de los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición dominante (como, por ejemplo, la prohibición de un acuerdo de fijación de precios entre competidores).

⁶⁷ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (consulta en INTERNET http://europa.eu.int/es/traties/dat/C_2002325ES.003301.html) Unión Europea, 06/10/04, 4:14 pm.

- El control de las concentraciones entre empresas (por ejemplo la prohibición de fusión entre dos grandes grupos que les lleve a dominar el mercado).
- La liberación de los sectores económicos bajo monopolio (por ejemplo la apertura del sector de las telecomunicaciones a la competencia).
- El control de las ayudas estatales (por ejemplo, la prohibición de una subvención estatal para mantener en actividad una empresa deficitaria son perspectivas de recuperación)

El derecho comunitario procura defender el mercado común y estimular la competencia dentro de ese extenso espacio económico. Así pues, sólo se aplica cuando los intercambios entre los Estados miembros son afectados por las prácticas consideradas. La afectación de los intercambios es una condición determinante para la aplicación del conjunto de las disposiciones comunitarias.

La Comisión Europea es competente para tratar estas cuestiones y en algunos casos, comparte el poder de control con los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia de los Estados miembros (artículos 81 y 82)⁶⁸; en otros, este poder de control es exclusivo (control de las concentraciones de dimensión comunitarias, control de las ayudas estatales). El control se comparte cuando se trata de una norma de aplicación general para el conjunto de la Comunidad. Tanto la

⁶⁸ *Idem.*

Comisión Europea como los tribunales nacionales deben hacerla respetar. El control es exclusivo cuando la disposición legal así lo ha previsto expresamente. Para las concentraciones importantes, los Estados miembros manifestaron su deseo de crear una ventanilla única de control, designando para ello a la Comisión Europea.

La mayoría de los Estados miembros disponen de una legislación nacional propia que permite tratar las prácticas contrarias a la competencia (acuerdos restrictivos, abusos de posición dominante y concentraciones). El derecho nacional permite, en particular, perseguir las prácticas que no afectan al comercio entre los Estados miembros.

Los reglamentos de aplicación correspondientes prevén un procedimiento riguroso, confiriendo facultades de investigación a los servicios de la Comisión Europea. En el marco del procedimiento, se garantizan los derechos de la defensa, así como el respeto del secreto comercial.

La Comisión tiene eficacia porque su control va acompañado de decisiones y sanciones. En el ámbito de la lucha contra los monopolios, además de la facultad de prohibir un acuerdo o de ordenar el cese de una práctica contraria a la competencia, la Comisión también puede imponer multas a las empresas con comportamiento contrario a la competencia. El importe de las multas se calcula teniendo en cuenta la gravedad y la duración de la infracción. Entre las prácticas más graves, cabe señalar los cárteles de precio los abusos de las empresas en situaciones de cuasi monopolio. Para determinar el importe de la multa, la Comisión Europea considera

las posibles circunstancias agravantes o atenuantes. Las multas impuestas pueden llegar hasta el 10% de la facturación mundial de las empresas de que se trata.

Las decisiones de la Comisión pueden ser objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Control de las concentraciones entre empresas

Las concentraciones entre empresas mediante fusión, adquisición o creación de una empresa en participación tiene por regla general efectos positivos sobre los mercados. La agrupación de las actividades de varias empresas permite realizar sinergias en numerosos ámbitos; como, por ejemplo, en la investigación y desarrollo de nuevos productos, o proceder a reestructuraciones que reducirían los costos de producción o distribución de la nueva empresa. De esta forma, las empresas aumentan su eficiencia en el mercado. La competencia se intensifica y el consumidor final se beneficia de unos productos mejores y a precios más equitativos.

En el doble contexto de la mundialización de los intercambios y del desarrollo del mercado interior comunitario, las empresas se ven incitadas a concentrarse para alcanzar el tamaño que les permitirá seguir siendo competitivas y mantener su presencia en mercados cada vez más extensos. En la Unión Europea, la tendencia a la concentración no ha dejado de aumentar en los últimos años.

No obstante, las concentraciones que llevan a la creación o al refuerzo de una posición dominante están prohibidas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, a fin de evitar los abusos que de ellas se podrían derivar. Una empresa está en posición dominante cuando puede actuar en el mercado sin tener en cuenta la reacción de sus competidores, proveedores o clientes. En particular, puede aumentar sus precios respecto de los de sus competidores sin temer una pérdida de beneficios. Todos los operadores del mercado, y, en particular, los consumidores, se ven perjudicados por la aparición de estas estructuras dominantes, que, para ellos, pueden traducirse en un aumento de precios, una reducción de la oferta de productos o un menor nivel de innovación⁶⁹. Por ello, la Unión Europea ha establecido un sistema preventivo de control de las concentraciones de dimensión comunitaria que puede, en su caso, llevar a la prohibición de la operación proyectada. En los Estados miembros se han instaurado sistemas idénticos para controlar las concentraciones de dimensión nacional.

Es el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento Comunitario de Concentraciones, en lo sucesivo RCC) quien regula las concentraciones de dimensión comunitaria.

El reglamento señala que se aplica a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro. Por regla general, estas concentraciones

⁶⁹ Comisión Europea, *op. cit.* págs. 19-20.

deberían ser examinadas exclusivamente a escala comunitaria, en aplicación de un procedimiento de ventanilla única y con arreglo a principio de subsidiariedad. Las concentraciones no cubiertas por el reglamento son, en principio competencia de los Estados miembros.

Se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado.

Al respecto el texto del artículo 1 del RCC determina lo siguiente:

“ 1: Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supera los 5, 000 millones de euros y el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro. Cuando una concentración no alcance los umbrales establecidos tendrá dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2, 500 millones de euros; en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere lo 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; en la menos tres Estados miembros el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros y el volumen de negocios a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros Salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado.”

Lo anterior con independencia de que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma.

Las concentraciones pueden quedar sujetas a un examen bajo diferentes sistemas nacionales de control de concentraciones si no superan los umbrales de volumen de negocios establecidos y esto incrementa la inseguridad jurídica, el esfuerzo y los costes para las empresas pudiendo conducir a evaluaciones contradictorias. Por consiguiente, se ha desarrollado un sistema que permite a los Estados miembros remitir las concentraciones a la Comisión.

La Comisión trabaja en estrecha y constante relación con las autoridades competentes de los Estados miembros, recabando comentarios e información.

La Comisión puede remitir a un Estado miembro las concentraciones notificadas de dimensión comunitaria que amenacen con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presente todas las características de un mercado definido. Cuando la concentración afecte un mercado de este tipo, que no constituya una parte sustancial del mercado común, deberá obligarse a la Comisión a remitir el asunto total o parcialmente al Estado miembro afectado, previa solicitud de éste. Un Estado miembro podrá remitir a la Comisión una concentración que no tenga dimensión comunitaria pero que afecte al comercio entre los Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia dentro de su territorio. Otros Estados miembros que también sean

competentes para analizar la concentración podrán sumarse a la solicitud. En tal situación, y a fin de garantizar la eficacia y previsibilidad del sistema, deben suspender los plazos nacionales hasta que se haya alcanzado una decisión sobre la remisión del asunto. La Comisión debe estar facultada para examinar y tratar una concentración en nombre de uno o de varios Estados miembros que lo soliciten.

Las empresas afectadas tiene la posibilidad de solicitar la remisión a la Comisión o de ésta a los Estados miembros, antes de que se produzca la notificación de una concentración, con objeto de aumentar la eficacia del régimen de control de concentraciones en la Comunidad. En tales situaciones, la Comisión y las autoridades nacionales en materia de competencia deben decidir dentro de plazos breves y claramente definidos si debe de hacerse o no una remisión a la Comisión o de ésta a los Estados miembros, garantizando así la eficiencia del sistema. A instancia de las empresas afectadas, la Comisión debe poder remitir a un Estado miembro una concentración de dimensión comunitaria que pueda afectar de manera significativa a la competencia en una mercado de ese Estado miembro que presente todas las características de un mercado definido. No deberá remitirse una concentración de la Comisión a un Estado miembro que haya manifestado su desacuerdo con dicha remisión. Antes de la notificación a las autoridades nacionales, las empresas afectadas también deberán poder solicitar que se remita a la Comisión una concentración sin dimensión comunitaria que pueda ser analizada en virtud de la normatividad nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros. Dichas solicitudes de remisión a la Comisión antes de la notificación serán especialmente pertinentes en aquellas situaciones en que la

concentración afecte a la competencia más allá del territorio de un Estado miembro. Cuando se remita a la Comisión antes de cualquier notificación nacional una concentración que pueda ser analizada en virtud de la normativa en materia de competencia de tres o más Estados miembros y ningún Estado miembro competente para revisar el asunto manifieste su desacuerdo, la Comisión adquiere competencia exclusiva para revisar la concentración, que es considerada de dimensión comunitaria. Dichas remisiones de los Estados miembros a la Comisión en fase previa a la notificación no deberán efectuarse, no obstante, cuando al menos un Estado miembro competente para analizar el asunto haya manifestado su desacuerdo con dicha remisión.

El reglamento otorga a la Comisión competencia exclusiva para su aplicación y queda sujeta a la revisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

El artículo 3 del Reglamento Comunitario de Concentraciones⁷⁰ establece que “se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- La fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- La adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de

⁷⁰ Reglamento (CE) N° 139/2004, del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento Comunitario de concentraciones), pág. 7.

participaciones en el capital o la compra de elementos activos, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante, derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos o que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos”.

La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de una adquisición.

El reglamento también es aplicable cuando las empresas afectadas acepten restricciones que estén directamente vinculadas a la realización de la concentración y sean necesarias a tal fin. Las decisiones de la Comisión por las que se declare que

las concentraciones son compatibles con el mercado común en aplicación del reglamento deben cubrir automáticamente dichas restricciones, sin que la Comisión tenga que evaluar estas restricciones individualmente. No obstante, a instancia de las empresas afectadas, en aquellos casos que presenten cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a auténtica incertidumbre, la Comisión deberá evaluar expresamente si una restricción determinada está directamente vinculada a la realización de la concentración y es necesaria a tal fin. Un caso presenta una situación nueva o sin resolver que suscita auténtica incertidumbre cuando la cuestión no está cubierta por la pertinente comunicación de la Comisión en vigor o por una decisión publicada de la Comisión.

El régimen que se establece para el control de las concentraciones respeta el principio de igualdad de trato entre los sectores público y privado. Por consiguiente en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en una concentración, las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables.

De conformidad con los considerandos⁷¹ para garantizar un régimen de competencia no distorsionada en el mercado común en desarrollo de una política guiada por el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia, el Reglamento permite un control efectivo de todas las concentraciones desde el

⁷¹ Idem, pág. 3.

punto de vista de sus efectos sobre la competencia en la Comunidad. Estableciendo el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que crease o reforzase una posición dominante a consecuencia de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debe declararse incompatible con el mercado común.

Atendiendo a las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia, es por ello que el RCC permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer en el artículo 2 apartado 3 que: “las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común”. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva se interpreta más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre las empresas que no tengan posición dominante en el mercado relevante.

Con objeto de clarificar y explicar la evaluación por parte de la Comisión de las concentraciones en virtud del reglamento, la Comisión publica directrices que brindan un sólido marco económico para la evaluación de las concentraciones, con vistas a determinar si pueden declararse compatibles con el mercado común.

Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, también se toman en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Pues es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de mismo. Para un buen desarrollo de lo anterior la Comisión publica directrices relativas a las condiciones en las que podrá tomar en consideración las eficiencias en el análisis de una concentración.

Cuando las empresas afectadas modifiquen una concentración notificada, en particular, proponiendo compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común, la Comisión debe poder declarar tal concentración modificada compatible con el mercado común. Los compromisos deben de ser proporcionales al problema de competencia de que se trate y eliminarlo por completo. Cuando el problema de competencia se pueda determinar con rapidez y resulte fácil

subsarlo, también es conveniente aceptar los compromisos antes de incoar el procedimiento. Debe establecerse explícitamente que la Comisión puede acompañar a su decisión condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan sus compromisos a su debido tiempo y de forma efectiva a fin de compatibilizar la concentración con el mercado común. Debe de garantizarse la transparencia y la consulta efectiva de los Estados miembros y terceros interesados a lo largo de todo el procedimiento.

La Comisión dispone de instrumentos apropiados para asegurar el cumplimiento de dichos compromisos y para hacer frente a las situaciones en que no se cumplan. En los casos de incumplimiento de alguna de las condiciones vinculadas a una decisión por la que se declare la concentración compatible con el mercado común, no se materializará la situación que hace que la concentración sea compatible con el mercado común y, por consiguiente, la concentración, tal como se ha ejecutado no es autorizada por la Comisión. Como consecuencia, en caso de que se ejecute la concentración deberá tratarse del mismo modo que una concentración no notificada ejecutada sin autorización. Además, en caso de que la Comisión ya haya concluido que, en ausencia de la condición, la concentración sería incompatible con el mercado común, esta facultada para ordenar directamente la disolución de la concentración, de manera que quede restaurada la situación existente antes de la realización de la concentración. Cuando no se cumpla alguna de las obligaciones vinculadas a una decisión por la que se declare la concentración compatible con el mercado común, la Comisión deberá revocar su decisión.

Además, la Comisión puede imponer sanciones financieras adecuadas cuando no se cumplan las condiciones u obligaciones.

Las concentraciones entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común, cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supera el 25% ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo.

Para garantizar un control eficaz se obliga a las empresas a notificar con carácter previo las concentraciones de dimensión comunitaria, una vez que hayan concluido el acuerdo, anunciando la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control. La notificación también ha de ser posible cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención de concluir un acuerdo con miras a una concentración propuesta y demuestren a la Comisión que su plan para dicha concentración es suficientemente concreto, presentando, por ejemplo, un Acuerdo de Principio, un Memorando de Acuerdo o una Carta de Intenciones firmada por todas las empresas afectadas, en el caso de una Oferta Pública de Adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta, siempre que el acuerdo o la oferta previstos den lugar a una concentración de dimensión comunitaria. La ejecución de una concentración debe suspenderse hasta la adopción de una decisión definitiva. No obstante, cuando resulte adecuado ha de permitirse la dispensa de esta obligación de suspensión a solicitud de las empresas afectadas. Al decidir si concede o no una dispensa de la obligación de suspensión,

la Comisión debe tener en cuenta todos los factores pertinentes, tales como la naturaleza y gravedad del perjuicio causado a las empresas afectadas o a terceros y la amenaza que la concentración suponga para la competencia. No obstante, en aras de la seguridad jurídica debe protegerse, en la medida de lo necesario, la validez de las operaciones.

En este sentido el artículo 4 del RCC establece:

“ 4: Las concentraciones que consistan en una fusión o en la adquisición del control conjunto, deberán ser notificadas conjuntamente por las partes intervinientes en la fusión o en la adquisición. En los demás casos, la notificación deberá realizarla la persona o empresa que adquiera el control de la totalidad o de partes de una o varias empresas”.

Si la Comisión comprueba que una concentración notificada entra en el ámbito de aplicación del Reglamento, publicará el hecho de la notificación, indicando los nombres de las empresas afectadas, su país de origen, la naturaleza de la concentración y los sectores económicos afectados. La Comisión tiene en cuenta los intereses legítimos de las empresas respecto a la protección de sus secretos comerciales.

La Comisión en un plazo máximo de 25 días laborables decidirá la compatibilidad o incompatibilidad de la concentración con el mercado común, dicho plazo contará a partir del día laborable siguiente a la fecha de recepción de la notificación o, si la información que debe de facilitarse en el momento de la

notificación es incompleta, a partir del día laborable siguiente a la fecha de recepción de la información completa.⁷²

Este plazo se amplía a 35 días laborables si la Comisión recibe una solicitud de un Estado miembro de remisión de la concentración o si las empresas afectadas proponen compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común, con el objeto de que se disponga de tiempo suficiente para el análisis y la prueba de mercado de dichas ofertas de compromisos y para consultar a los Estados miembros y a terceros interesados. Además, ha de permitirse una ampliación limitada del plazo en el que la Comisión debe adoptar una decisión definitiva a fin de que se disponga de tiempo suficiente para investigar el asunto y verificar los hechos y argumentos presentados a la Comisión.

Los plazos fijados se suspenderán excepcionalmente cuando la Comisión, por circunstancias imputables a una de las empresas participantes en la concentración, se haya visto obligada a solicitar información adicional mediante decisión o a ordenar una inspección mediante decisión.

Se confiere a las empresas afectadas el derecho a ser oídas por la Comisión cuando se produzca la incoación del procedimiento; la oportunidad de ser oídos debe brindarse, asimismo, a los miembros de los órganos de administración y vigilancia, a los representantes reconocidos de los trabajadores de las empresas afectadas y a los terceros interesados.

⁷² Idem, pág. 13.

A fin de que pueda evaluar debidamente las concentraciones, la Comisión esta facultada para solicitar toda la información necesaria, por medio de una solicitud simple o de decisión y proceder a todas las inspecciones necesarias en cualquier lugar de la Comunidad, así mismo tiene la facultad de entrevistar a toda persona que pueda disponer de información útil y para guardar constancia de sus declaraciones.

En el curso de una inspección, los agentes habilitados por la Comisión tiene derecho a solicitar toda clase de información pertinente respecto al objeto y la finalidad de la inspección, a colocar precintos durante las inspecciones, en particular en aquellas circunstancias en las que existan motivos razonables para sospechar que se ha ejecutado una concentración sin notificarla, que se ha suministrado a la Comisión información incorrecta, incompleta o que induzca a error, o que las empresas o personas afectadas hayan incumplido alguna de las condiciones u obligaciones impuestas por decisión de la Comisión.

En aras de la transparencia, se da una amplia publicidad a todas las decisiones de la Comisión que no sean de naturaleza meramente procedimental. Al tiempo que se preservan los derechos de defensa de las empresas afectadas y, en particular, el derecho de acceso al expediente a las partes directamente interesadas protegiendo los secretos comerciales. Asimismo, se salvaguarda la confidencialidad de la información intercambiada dentro de la red y con las autoridades competentes de terceros países.

Para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Reglamento se aplican multas sancionadoras y coercitivas.

La Comisión para poder llevar a cabo sus poderes de ejecución debe de contar con la asistencia de un Comité consultivo compuesto por representantes de los Estados miembros, al cual también le corresponde emitir un dictamen sobre el proyecto de decisión de la Comisión respecto de las notificaciones y la Comisión tomara e cuenta este dictamen para su decisión final.

Las decisiones de la Comisión están sujetas al control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Es el Reglamento (CE) N° 802/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 por el que se aplica el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. El que desarrolla el objeto y el contenido de la información que debe de proporcionarse en la notificación.

El derecho de competencia en la Comunidad Europea contempla fuera del reglamento de concentraciones el procedimiento de denuncia⁷³ con la finalidad de que los ciudadanos al constatar que la competencia es afectada de manera sensible, puedan realizar esta mediante dos tipos de acciones:

⁷³ Comisión Europea, *op. cit.* pág. 42-43.

1.- El ciudadano puede dirigirse individualmente a las autoridades europeas o nacionales. Esto depende de si los intercambios entre Estados miembros son afectados de manera sensible por la presunta restricción de la competencia será ante la Comisión Europea si cree que el asunto afecta a varios Estados miembros o al conjunto de la comunidad, o bien ante los órganos jurisdiccionales o autoridades nacionales de competencia si el asunto parece referirse esencialmente a un único Estado miembro. Si es evidente que la restricción no afecta a los intercambios entre los Estado miembros, el ciudadano sólo podrá dirigirse a los órganos jurisdiccionales o las autoridades nacionales de competencia sobre la base del derecho nacional de competencia.

2.- El ciudadano puede señalar a la atención de una organización de consumidores el problema que ha encontrado. Si la restricción de la competencia afecta de manera sensible al mercado común, es probable que la organización de consumidores ya haya recogido una serie de denuncias o notificaciones en el mismo sentido. Esta organización podrá eventualmente ponerse en contacto con otras asociaciones nacionales o europeas y transmitir una denuncia más fundamentada en nombre de los consumidores de la Unión, así como establecer el interés comunitario de la denuncia. Por razones de eficacia, tanto para el ciudadano como para las autoridades públicas, parece preferible la vía de la acción colectiva.

Para las denuncias individuales o colectivas dirigidas a la Comisión Europea, basta una carta, que deberá incluir los siguientes elementos:

- Nombre y dirección del denunciante,
- Identidad de la empresa o empresas denunciadas,
- Los elementos que demuestran el interés legítimo del denunciante en el asunto,
- Una descripción clara del objeto de la denuncia y las razones que llevan a pensar que la práctica denunciada constituye una infracción de las normas del derecho comunitario de competencia.

Una vez recibida la denuncia, la Comisión Europea puede actuar de dos maneras.

1.- Si considera que los elementos que figuran en la denuncia constituyen indicios serios de una práctica contraria a la competencia que es reprobable en virtud de las normas de competencia del Tratado, la Comisión emprende una investigación para confirmar o negar la existencia de una infracción. Es el procedimiento denominado "de oficio". Si la investigación finaliza, la Comisión, después de franquear las etapas procesales necesarias, adoptará una decisión que puede consistir en una prohibición de los acuerdos, en una orden de cesar las prácticas o en la imposición de multas.

2.- Tras examinar la denuncia, la Comisión puede considerar que el asunto no constituye una infracción de las normas de la competencia, o bien que no presenta

un interés comunitario suficiente. En la segunda hipótesis, puede transmitir el expediente a la autoridad de competencia del Estado miembro donde la práctica produce la mayor parte de sus efectos, que podría iniciar diligencias.

CAPÍTULO IV

4. PROPUESTA DE REFORMA PROCEDIMENTAL EN MATERIA DE CONCENTRACIONES.

Desde un punto de vista económico, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha señalado que “La ley de competencia de México adopta ideas y prácticas avanzadas. La ley equilibra un tratamiento eficiente y fuerte de las restricciones competitivas más dañinas con un análisis económico razonable de otras restricciones, y aplica un tratamiento integrado de los poderes de mercado en todas las situaciones relevantes.”⁷⁴

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, existen varias faltas en la LFCE, producto de un lamentable descuido en su redacción final; adicionalmente, la práctica ha revelado aspectos a fortalecer y a adecuar bajo la óptica económica.

En algunos casos, la LFCE adolece de errores que permiten a una adecuada defensa legal impugnar exitosamente la casi totalidad de las sanciones que pudiera pretender imponer la CFC, tanto tratándose de multas como de órdenes de hacer o dejar de hacer algo (en sus diez primeros años de historia, sólo han sido cobradas el 9.7% de las multas impuestas por la CFC).⁷⁵

⁷⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Reforma Regulatoria en México*, París, 2000, pág. 62.

⁷⁵ Comisión Federal de Competencia, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, 2003, pág. 121.

En otros, se violentan las garantías individuales básicas de los agentes económicos que resultan afectados por conductas antimonopólicas.

Los errores más notorios se han ido planteando ante el Poder Judicial de la Federación y existen recientes ejecutorias emitidas en 2003 y 2004 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolviendo la inconstitucionalidad de varias disposiciones trascendentes de la LFCE.

Por ello, se ha vuelto imperiosa la necesidad de realizar un profundo y minucioso análisis de la LFCE en el procedimiento de concentraciones.

Se señalan a continuación los principales problemas y se formulan propuestas al respecto.

4.1. Importancia de la participación de los afectados en el procedimiento preventivo de concentración e inconstitucionalidad de los artículos 21 de la Ley Federal de Competencia Económica y 26, fracción IV, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

El artículo 21 de la LFCE regula el procedimiento preventivo de notificación de concentración, analizado en el Capítulo II, en el punto 2.3.

El artículo 26, fracción IV, del RLFCE determina los supuestos en lo que la CFC desechara una denuncia por notoriamente improcedente.

El artículo 21 de la Ley entraña violación al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto que no establece la audiencia a los afectados por una concentración en el procedimiento de notificación.

El segundo párrafo de la disposición constitucional establece que: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Respecto a la garantía de audiencia que se estudia en el presente apartado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus distintas épocas, ha sostenido el criterio de que dicha garantía tiene como finalidad respetar las formalidades esenciales del procedimiento que se traducen en una defensa adecuada, previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos.

Para corroborar lo anterior, basta imponerse del contenido de la Jurisprudencia que a continuación se transcribe:

Octava Época
Instancia: Pleno
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 53, Mayo de 1992
Tesis: P. LV/92
Página: 34

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traduce en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Amparo directo en revisión 2961/90. Opticas Devlyn del Norte, S.A. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Del anterior criterio se desprenden, en esencia, los actos que deben seguir las autoridades para garantizar una adecuada defensa de los gobernados antes del acto de privación, a saber:

- a) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias;
- b) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- c) La oportunidad de alegar, y
- d) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

En las leyes, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés.

Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, respecto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurren en el procedimiento. Esto último, a fin de que puedan imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos y dentro de los plazos que la ley prevea para el efecto.

Los elementos a que se ha hecho referencia y que son necesarios para respetar la garantía de audiencia a los agentes económicos que, no estando involucrados en una concentración, puedan resultar afectados por sus efectos, están comprendidos exhaustivamente en el procedimiento de denuncia que se desahoga conforme al Capítulo V de la Ley, no siendo así en el procedimiento de notificación regulado en el artículo 21 del mismo ordenamiento.

Se considera que estos agentes económicos afectados por los efectos de una concentración, deben ser parte en el procedimiento de notificación; sin embargo, tal carácter le ha sido negado violando en su perjuicio la garantía de previa audiencia.

No puede dejar de observarse que si un afectado tiene interés jurídico en el procedimiento de investigación, también debería de tenerlo en el de notificación de concentración, sobre todo considerando que de acuerdo con el artículo 22, fracción I, de la Ley no podrán ser impugnadas, con base en la misma, las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable. En otras palabras, no otorgar interés jurídico a los afectados en el procedimiento de notificación de concentración significa tener que confiar en que a la Comisión le es imposible equivocarse con base en la información que le hayan proporcionado quienes notifiquen la concentración; pero si se equivoca dicha Comisión, quien sufrirá las consecuencias será el afectado, sin que haya tenido oportunidad legal de defenderse.

El artículo 26, fracción IV, del Reglamento, es inconstitucional, no sólo porque no prevé audiencia alguna a los terceros afectados en el procedimiento de notificación, sino que se les impide expresamente el acceso a la documentación relativa a la concentración y a impugnar el procedimiento.

En efecto, el artículo 26 en cita establece lo siguiente:

"La Comisión desechará la denuncia por notoriamente improcedente, cuando: (...) IV. Se encuentre en trámite un procedimiento de notificación de una concentración que no se haya realizado. En este caso la Comisión tomará en consideración los elementos que se aporten en la denuncia para resolver la concentración notificada; sin embargo, el denunciante no tendrá acceso a la documentación relativa a dicha concentración ni a impugnar el procedimiento; (...)"

Lo anterior, es violatorio de la garantía de audiencia, la cual es confrontada abiertamente. Ello es así, porque si bien pudiese estimarse correcto el desechar la denuncia cuando exista tramitación de un procedimiento de notificación de una misma concentración, siempre que no se haya realizado, ello no justifica que los terceros afectados que se apersonaron ante la Comisión con dicha denuncia no deban tener acceso a la documentación en que se sustente la concentración, y menos, que no puedan impugnar la resolución que en su caso autorice tal concentración cuando ésta les afecte. La parte final de la disposición transcrita choca abiertamente con el artículo 14 Constitucional Federal al rechazar sin más la audiencia relativa en todo sentido y la posibilidad de impugnación, produciendo por ende un consentimiento forzoso de un acto privativo.

En ese sentido, si bien pudiera restringirse la facultad de probar por parte de los denunciantes en el procedimiento de notificación que de suyo requiere de cierta celeridad, también es de afirmarse que la celeridad no puede llegar al punto de negar inclusive la impugnación de la resolución que autorice la concentración a los terceros perjudicados con ella. Esto se sustenta en los razonamientos vertidos en torno a la garantía de audiencia plasmados con anterioridad en el mismo numeral.

Sirve de fundamento para sostener lo anterior, la tesis que a continuación se transcribe, del Tribunal Pleno, visible en el Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta, correspondiente a agosto de 2000, página 17 y que a la letra dice:

AUDIENCIA, EL CUMPLIMIENTO DE DICHA GARANTÍA POR EL LEGISLADOR NO IMPLICA LA POSIBILIDAD ILIMITADA DE PROBAR. La garantía de audiencia tiene como parte medular el respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, las que han sido definidas por este Alto Tribunal como aquellas etapas o trámites que garantizan una adecuada defensa. Lo anterior, no implica que el legislador esté obligado a establecer en los ordenamientos procesales la facultad ilimitada de ofrecer pruebas y el consiguiente deber jurídico del órgano jurisdiccional de desahogarlas y valorarlas ya que es lógico que el propio legislador, en aras de un adecuado equilibrio procesal y por respeto a la garantía de administración de justicia expedita y a los principios procesales de economía y celeridad, establezca límites a la actividad probatoria, los cuales no pueden ir, desde luego, al extremo de dejar sin defensa a las partes. De esta forma, las formalidades esenciales del procedimiento se traducen en una serie de reglas que permiten a las partes probar los hechos constitutivos de su acción o sus excepciones y defensas, dentro de un justo equilibrio que, por un lado no dejen en estado de indefensión a las partes y por el otro aseguren una resolución pronta y expedita de la controversia.

Y con respecto al punto del artículo 26, fracción IV, concerniente a que la Comisión “tomará en consideración los elementos aportados en la denuncia para resolver la concentración notificada”, lo cierto es que tal consideración no puede implicar el respeto a la garantía de audiencia, pues no se verifican los elementos que la Corte ha señalado como los requisitos mínimos que la autoridad debe cumplir para salvaguardar cabalmente esa garantía, pues las partes afectadas no podrá conocer la información que obra en el expediente ni para formular alegatos ni, mucho menos, impugnar la resolución que emita la Comisión.

Los artículos 21 de la Ley y 26, fracción IV, del Reglamento son inconstitucionales, porque violan la garantía de igualdad implícita en los artículos 1º, 5º, 13 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, el artículo 1º de la Constitución Federal establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Por otro lado, el artículo 13 constitucional federal señala: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley."

Por su parte, el artículo 17 Constitucional federal establece que "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial..."

Finalmente, el artículo 5º Constitucional Federal previene: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos..."

Los preceptos constitucionales transcritos no hacen sino reconocer un principio universal consistente en la igualdad ante la ley.

En el punto 2.3 del Capítulo II, se advierte que el artículo 21 de la Ley, el cual regula el procedimiento de notificación que deben iniciar los agentes económicos

que se pretenden concentrar, no se otorga participación alguna a agentes extraños a la concentración, que pudieran sentirse agraviados. Por su parte, el artículo 26, fracción IV, del Reglamento, no sólo no otorga dicha participación sino que niega abiertamente a los terceros afectados el carácter de parte en el procedimiento de notificación, al señalar que no podrán tener acceso a la documentación, ni a impugnar el procedimiento. Dicho procedimiento es contrario a la garantía de igualdad, en el sentido de que, al considerar como parte a los involucrados en la concentración y no permitir de modo alguno la intervención de los afectados por la concentración, los primeros tienen acceso a la información y a la resolución que emita la Comisión, pudiendo impugnarla, mientras que los segundos no cuentan con esa posibilidad, con lo que se genera una notoria e inexplicable disparidad, pues los agentes económicos extraños a la concentración que pudieran ser afectados tienen interés jurídico, el cual les está expresamente reconocido en la Ley, en su artículo 32.

Asimismo, la Ley y el Reglamento no permiten un trato igual a los afectados en el procedimiento de notificación respecto del procedimiento de denuncia, pues mientras que en este último el afectado por la concentración (el denunciante en una concentración ya realizada) goza de una verdadera defensa en el procedimiento, en el de notificación está vedada esta garantía.

Por lo tanto, si en ambos procedimientos los terceros pueden ver afectados sus intereses con un mismo hecho, es decir, la concentración, debería dárseles a dichos terceros la posibilidad de intervenir en el procedimiento de notificación previa,

como ocurre en el procedimiento de denuncia. Esto es, porque al no reconocerse el interés jurídico de los terceros afectados, éstos tendrían que confiar incondicionalmente en que la Comisión no habría de equivocarse en la resolución que al efecto dictará con base en la información que le hayan proporcionado los agentes económicos que pretenden concentrarse. Sin embargo, en el caso de que la Comisión llegara a cometer errores de apreciación, los que sufrirían las consecuencias serían los terceros afectados, sin haber tenido la oportunidad legal de defender sus intereses.

Lo cierto es que todo lo anterior redundaría en la afectación a la libertad de comercio contemplada en el artículo 5º constitucional federal que contiene implícita la garantía de igualdad. Sirve de sustento para afirmar lo expuesto la siguiente Jurisprudencia:

Novena Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XI, Junio de 2000
Tesis: P. XC/2000
Página: 26

GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL. El análisis del primer párrafo del artículo 5o. constitucional, que establece: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. ...", permite constatar, en principio, que este precepto garantiza a todos los gobernados, entre otras cosas, el ejercicio de las libertades de comercio y de industria que sean lícitas y, en segundo término, que esa facultad se otorga a todas las personas sin distinción alguna, es decir, sin hacer diferencias de nacionalidad, raza, religión o sexo, ya que su contenido no establece salvedad alguna al respecto; circunstancia que constituye un fundamento importante de la garantía de libertad de comercio, ya que el artículo 5o. constitucional, al permitir a todas las personas ejercer el comercio

o la industria que les acomode, siempre y cuando sean lícitos y no opere alguna de las limitantes a que alude el mismo numeral, excluye implícitamente de tal prerrogativa todo trato desigual que no pueda ser justificado constitucionalmente o apoyado en el interés público, puesto que no debe soslayarse que el disfrute pleno de la garantía otorgada por la Carta Magna en el imperativo de cuenta exige necesariamente la actualización del principio de igualdad material o real entre los titulares de esa garantía, dado que jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, cuyo número es indeterminado, que participen de la misma situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y obligaciones que emanen de la ley aplicable frente al Estado, lo cual estará en función de sus circunstancias particulares. En este sentido, el numeral 5o. constitucional prevé sustancialmente ese principio fundamental de igualdad, en virtud de que tiene como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a la necesidad de vida de escoger el comercio, el oficio, el trabajo o la industria que les acomode, con las únicas salvedades de que éstos sean lícitos y de que no ataquen los derechos de terceros ni ofendan los intereses de la sociedad.

Por todo lo anterior es de suma importancia la participación de los afectados en el procedimiento preventivo de concentración.

En el derecho de competencia de la Comunidad Europea como quedo establecido en el punto 3.2 del Capítulo III, se respeta el derecho de los terceros a ser oídos, es el Reglamento (CE) N° 802/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004, el que desarrolla el procedimiento de notificación de concentraciones y establece en su Capítulo IV denominado el ejercicio del derecho de ser oído; audiencias, en su Artículo 11 las partes con derecho a ser oídas determinando así:

“A los efectos del derecho a ser oído establecido en virtud del artículo 18 del Reglamento (CE) no 139/2004, cabe distinguir las partes siguientes:

- a) las partes notificantes, es decir, las personas físicas o empresas que presenten una notificación con arreglo al apartado 2 del artículo 4 del Reglamento (CE) no 139/2004;

- b) las otras partes interesadas, es decir, las partes de la concentración propuesta distintas de las partes notificantes, tales como el vendedor o la empresa objeto de la concentración;
- c) los terceros, es decir, aquellas personas físicas o jurídicas, incluidos los clientes, proveedores y competidores, siempre que justifiquen un interés suficiente en el sentido de la segunda frase del apartado 4 del artículo 18 del Reglamento (CE) no 139/2004, y, en especial,
 - los miembros de los órganos de administración o dirección de las empresas afectadas o los representantes reconocidos de los trabajadores de dichas empresas;
 - las asociaciones de consumidores, cuando la concentración propuesta afecte a productos o servicios utilizados por el consumidor final.
- d) las partes respecto de las cuales la Comisión se proponga tomar una decisión de conformidad con el artículo 14 o 15 del Reglamento (CE) no 139/2004.”

El artículo 16 señala que es mediante escrito de los terceros que solicitan su participación, la Comisión determina su interés y les comunica por escrito la naturaleza y el objeto del procedimiento y les concede un plazo para que puedan dar a conocer sus puntos de vista, los cuales darán por escrito y si lo solicitan en el mismo, la Comisión les otorga la oportunidad de participar en una audiencia formal, asimismo, la Comisión podrá ofrecerles la oportunidad de expresar oralmente sus puntos de vista en otros casos.

4

La Comisión va mas allá de la definición de tercero señalando en el artículo mencionado que igualmente otras personas físicas o jurídicas cuentan con la oportunidad de expresar sus puntos de vista por escrito u oralmente, así como en audiencia formal.

Es así como se garantiza el derecho de ser oídos y de defensa de los afectados por la concentración.

Sin embargo a pesar de ser una de las legislaciones más actuales en cuanto a competencia, tampoco contempla el acceso al expediente por parte de los terceros o de las demás personas afectadas los cuales se encuentran en desventaja al no poder analizar la concentración propuesta y las afectaciones que le causarían, no existe razón para no otorgar la entrada al expediente pues las partes en todo momento tiene la libertad de determinar la información que es confidencial y la Comisión garantiza que esa información no es contenida en el expediente general, pues pide a las partes versiones que no contengan la mencionada información y además no da acceso a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades competentes de los Estado miembros, así como la correspondencia entre la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros o entre éstas últimas.

De acuerdo al artículo 17 del Reglamento, las partes que tiene acceso al expediente son aquella a las que se les haya dirigido un pliego de cargos y es el artículo 13, el que determina en su apartado 2, que se le harán pliego de cargos a las partes notificante y a las otras partes interesadas, de este modo no da acceso al expediente a las partes afectadas. Pues el artículo 11 antes transcrito hace diferencia entre las partes interesadas y los terceros.

Considero que es un grave error al igual que en nuestra legislación, que las disposiciones de la Unión Europea nieguen el acceso al expediente a los afectados.

4.2. Otras críticas a los procedimientos vigentes en materia de concentraciones.

Problemas en conceptos y redacciones en la Ley.

Múltiples conceptos manejados en la LFCE adolecen de falta de claridad, lo cual, si bien no implica una inconstitucionalidad, amerita realizar un esfuerzo para mejorarse.

Es así con el concepto de concentración, pues como consecuencia de la característica equívoca del término, resulta necesario estudiar los conceptos de mercado relevante y poder sustancial a efecto de determinar el contexto en el que dicho vocablo es utilizado de conformidad con la disposición en que se encuentre el contenido, análisis que se desprende del punto 2.1 del presente trabajo.

Al igual sucede con los conceptos de mercado relevante y poder sustancial, lo que se concluye que los criterios contenidos en los artículos 12 y 13 de la LFCE son elementos de una definición de mercado relevante y poder sustancial, y aun más, resultan necesarios a efecto de determinar éstos, sin embargo, nuestra opinión es en el sentido de que la enumeración de características de un concepto no es suficiente a efecto de definirlo.

Respecto de los elementos de los conceptos anteriores se considera, que es necesario considerar a la totalidad de los agentes que efectivamente abastezcan el mercado a fin de delimitar de manera precisa el poder de mercado de cada uno de ellos. Esto se reafirma con el Índice Herfindahl el cual es utilizado por la CFC para determinar lo anterior, este índice se fundamentan en el número total y la distribución de los tamaños de las empresas de una industria.⁷⁶

En oposición a lo establecido en el artículo 14 del RLFCE, que determina que deberán referirse por lo menos a los principales agentes económicos que en su conjunto abastecen el mercado relevante.

Al respecto de esas imprecisiones, la misma SCJN ha señalado que “desde el punto de vista de una técnica legislativa muy depurada, sería altamente recomendable que la ley fuera más detallada en la descripción de algunos conceptos, para que de esa manera se facilitara el análisis de la legalidad de las resoluciones administrativas que lleguen a dictarse en esta materia”.⁷⁷

Problemas relativos al procedimiento de impugnación de concentraciones prohibidas.

⁷⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Glosario de Economía*, op. cit., pág. 56.

⁷⁷ Considerando décimo octavo de la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa al amparo en revisión 2589/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V.

La LFCE es escueta sobre el procedimiento aplicable antes de emplazar al presunto responsable de la comisión de una concentración prohibida.

Lo anterior provocó que la CFC, en un inicio, cuando recibía una denuncia, se limitara a emplazar al denunciado con la misma y a seguir el procedimiento como si se tratase solamente de una controversia entre particulares.

Afortunadamente, con el Reglamento de la LFCE, se aclararon las cosas, de tal suerte que, desde entonces, de acuerdo con el artículo 27 de dicho ordenamiento, la CFC tiene el deber de realizar una investigación y de emplazar al presunto responsable con el resultado de dicha investigación, sin perjuicio de acompañar el emplazamiento las denuncias que hubiera recibido.

Asimismo, el ordenamiento referido prevé acertadamente que se publique en el Diario Oficial de la Federación un extracto del acuerdo de inicio de investigación; dicho extracto debe contener, cuando menos, la concentración prohibida a investigarse y el mercado en el que se realiza, pero sin revelar el nombre, denominación o razón social de los agentes económicos involucrados en la investigación. Con lo anterior, la publicación mencionada pretende cumplir dos objetivos: maximizar las posibilidades de que la CFC se allegue de elementos; y permitir a los afectados participar en el procedimiento. Adicionalmente, en el citado artículo 27 se establece que el periodo de investigación no puede ser inferior a 30 días hábiles y que cualquier interesado, durante ese periodo, puede presentar denuncias sobre los hechos motivo de investigación.

Sin embargo, en relación con este tema, existen dos importantes defectos que es menester corregir:

- i) La publicación del extracto del acuerdo de investigación no permite incluir los datos de los agentes económicos investigados; y
- ii) La referencia a la concentración investigada se limita a consistir en la reproducción del texto de una fracción de los artículos 9 o 10 de la LFCE o 7 de su Reglamento, respecto de un determinado mercado.

Lo anterior, trae aparejado dos grandes problemas:

- i) El acuerdo no contiene los datos mínimos necesarios para que los afectados por las conductas investigadas sepan con claridad qué conductas son las que se investigan, lo que genera, por una parte, una menor recepción de elementos por parte de la CFC y, por otra parte, tomando en cuenta que una vez que se emplaza al presunto responsable no son admisibles más denuncias sobre los mismos hechos, limita indebidamente el derecho que tienen los afectados para participar en el procedimiento. Esto último es particularmente grave en el caso de que existan daños y perjuicios, ya que en términos del artículo 38 de la LFCE, para poder deducir la acción correspondiente por la vía judicial a fin de obtener una indemnización, es

necesario haber demostrado durante el procedimiento que se sigue ante la CFC haber sufrido daños y perjuicios a causa de la concentración ilícita.

ii) Al agente económico investigado se le requiere información sin proporcionarle la información de que dispone la CFC y se le apercibe de que en caso de no contestar se le impondrá una multa, siendo que en un procedimiento que culmina con una sanción, no puede obligarse a alguien a declarar en su propia contra.

Las facultades de Investigación.

Otro punto muy importante al respecto es que las facultades de la CFC en materia de investigación actualmente determinadas en la Ley, resultan escasas y limitan, de manera grave, el éxito que podría tener dicho órgano con facultades efectivas, como con las que cuenta la Comisión en la Unión Europea y en específico con las facultades de inspección y de precintos de archivos.

Como ya se estableció en el Capítulo I, inciso 1.4.3.3 del presente estudio, la facultades de investigación se resumen en la solicitud de información y documentos y en la posibilidad de citar a declarar a las personas que tengan relación con los casos de que se trate, como se observa, el resultado de sus investigaciones depende de los sujetos a investigar lo cual deriva en un menor conocimiento de los hechos investigados que dan como resultado decisiones que pueden ser erróneas.

En consecuencia al tratarse de la protección de la competencia no es permisible que la CFC no delibere con todo el conocimiento de la causa. Por ello es indispensable que se amplíen sus facultades con toda la legalidad.

El problema de las sanciones.

La regulación de las sanciones tiene los siguientes defectos:

- i) El artículo 34 de la LFCE establece multa hasta por el equivalente a 1, 500 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, como medida de apremio; y el artículo 35 del mismo ordenamiento fija multas hasta por el 100,000, 225,000 y 375,000 veces el salario mencionado (y hasta por 7,500 veces el salario a los individuos que participen en la conducta prohibida en representación de personas morales). Al utilizarse el término "hasta", la multa puede hipotéticamente ser de 1 centavo. ¿No sería más bien lógico que el monto mínimo de las multas empezara en un rango sustancialmente elevado, sobre todo si se considera que los infractores tienen poder monopólico y obtienen ganancias importantes mediante la comisión de las conductas correspondientes?

- ii) De acuerdo con el artículo 36 de la LFCE, para la imposición de las multas, uno de los elementos a considerar es la gravedad de la infracción; es decir, si es muy grave, aplicará una multa alta, por ejemplo, 375,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, de conformidad con el artículo

35. Ahora bien, según el artículo 37 de la propia LFCE, en el caso de las infracciones que, a juicio de la CFC, revistan particular gravedad, las multas pueden ser hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta. Lo anterior no muestra más que un aspecto adicional de vulnerabilidad de la ley, por una parte, porque en el caso del artículo 37 de la LFCE la calificación de la arbitrariedad queda “a juicio”, es decir, al arbitrio y discrecionalidad de la autoridad.

Lo anterior posiblemente explica que las multas que ha impuesto la CFC, en comparación con lo que sucede en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea, son la mayoría de las veces bastante bajas, tomando en cuenta el tipo de infracción que se dio y el tamaño del agente económico que la realizó.

Esto, redundando también en una falta de preocupación de los agentes económicos por violar la LFCE.

Y no cumple con el objetivo que determina la Exposición de Motivos de la Ley al referirse a las sanciones, determinando que estas deben de ser “de tal magnitud que tengan un verdadero efecto disuasivo y minimice los incentivos a infringir la ley..” y además determina que de no ser así “el daño provocado a la sociedad puede ser enorme”.

Los errores en materia de daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios se entienden como el derecho que tiene a ser indemnizado el perjudicado en el caso de incumplimiento de obligaciones o de comisión de actos ilícitos, por parte del que ha producido los daños o ha sido causa de que aquél haya dejado de percibir ciertas utilidades.⁷⁸

La reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por lo tanto, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido. Sólo cuando la reparación o la restitución no son posibles o cuando se trata de una lesión corporal o moral (el daño moral no es reparable propiamente), la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización en numerario, con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. Ya no se trata entonces de restituir o de reparar, sino de resarcir a través de una indemnización en numerario con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. En cualquiera de los casos, se trata, sin embargo, de la responsabilidad civil.⁷⁹

Como ya se dejó plasmado con anterioridad, los efectos de lo determinado por la Ley en materia de daños y perjuicios, deja en estado de indefensión a los

⁷⁸ Juan Miguel del Palomar, *Diccionario de juristas*. Seminario de derecho de trabajo, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1981.

⁷⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*. 13ª ed., UNAM, México, 1999.

agentes que se vieron afectados por la concentración ilícita, pues condiciona el proceder con el haber demostrado durante el procedimiento haber sufrido los citados daños. Y no cumple la finalidad que tiene el garantizar el derecho.

Por lo tanto, en materia de daños y perjuicios, resulta arbitrario y, consecuentemente, inconstitucional, sujetar la posibilidad de demandar daños y perjuicios por violaciones a la LFCE, a la condición de que el afectado acredite dichos daños ante la CFC.

4.3. Propuestas para mejorar los procedimientos en materia de concentraciones.

Es indispensable corregir los defectos de redacción y el empleo de palabras equívocas de la LFCE, recordando que una ley debe ser escrita de tal forma que todas y cada una de sus disposiciones no den lugar a interpretaciones disímboles ni a incongruencias entre sí.

Es así como los conceptos planteados en el punto anterior faltantes de claridad y que fueron analizados en el Capítulo II inciso 2.1 y 2.2, deben de ser redactados añadiendo los conceptos contenidos en el mencionado análisis para que de ese modo puedan satisfacer la claridad que una ley necesita.

La propuesta en cuanto al problema de falta de regulación en la Ley sobre el procedimiento aplicable antes de emplazar al presunto responsable de la comisión

de una concentración prohibida, versa sobre que sea en la LFCE en donde se regule lo dispuesto en materia de la investigación, es decir que lo contenido en el RLFCE, Sección Primera denominada Del inicio de la investigación, correspondiente al Capítulo V llamado del Procedimiento se traspase a la Ley y aunado a lo anterior se redacte de tal manera que no se limiten indebidamente el derecho que tienen los afectados para participar en el procedimiento, así como sin afectar los derechos de los investigados.

Esto se lograría reformando el artículo 27, respecto de la parte que prohíbe la publicación de los nombres de los agentes económicos investigados, para que en su lugar se establezca la obligación de que en el acuerdo se contengan dichos datos y así los agentes en el mercado puedan determinar si esas empresas son sus competidores y por ello les afectan sus conductas. Además de que en igual modo, el acuerdo sea explícito en cuanto a las conductas investigadas, pues así los agentes que se crean afectados podrán determinar con mayor exactitud su afectación.

Respecto a que al agente económico investigado se le requiere información si proporcionarle de la que dispone la CFC, nuestra propuesta versa en el sentido de que en todo momento se le garanticen sus derechos al investigado, logrando lo anterior con una redacción clara en los artículos que regulan la investigación antes del emplazamiento y que con anterioridad se propone se traspasen a la Ley, que determine que la CFC tiene la obligación de proporcionar en la solicitud de información, cuales son los documentos base de la investigación de este modo el

agente investigado podrá conocer el alcance de la investigación y garantizar sus derechos.

En cuanto al problema de las limitadas facultades de investigación de la CFC, se propone que se le otorguen facultades para realizar visitas domiciliarias y confiscar archivos, cumpliendo con la formalidad que prevé la Constitución Federal, siendo que se contemple en el artículo 16 y que se cumplan con los requisitos que en el se establecen.

Lo que se plantea no es algo novedoso en la materia, dichas acciones ya se realizan en la Unión Europea dando resultados en cuanto a la obtención de información lo cual deriva en un mayor conocimiento de la Comisión para resolver los procesos.

Del modo que se haría sería añadiendo a la fracción I del artículo 24 de la LFCE dichas facultades, como ha continuación se plantea:

“Artículo 24.- La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

“I. Investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por esta ley, para lo cual podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes y proceder a todas las inspecciones necesarias en cualquier lugar del país y confiscar archivos en los casos necesarios;...”

Y desarrollando dichas facultades en el artículo 31 de la propia Ley, ya que este artículo determina que en el ejercicio de sus atribuciones la Comisión puede requerir los informes o documentos relevantes en la investigación, así como citar a

declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, por ello es en este artículo donde se debe de desarrollar, se anexaría un párrafo en el que se determine lo siguiente: En el curso de una inspección, los agentes habilitados por la Comisión tienen derecho a solicitar toda clase de información pertinente respecto al objeto y la finalidad de la inspección, a confiscar archivos durante las inspecciones, en particular en aquellas circunstancias en las que existan motivos razonables para sospechar que se ha ejecutado una concentración sin notificarla, que se ha suministrado a la Comisión información incorrecta, incompleta o que induzca a error, o que las empresas o personas afectadas hayan incumplido alguna de las condiciones u obligaciones impuestas por decisión de la Comisión.

De este modo se garantizarían las facultades de la Comisión propuestas y los derechos de las personas a investigar.

En el problema de las sanciones es indispensable que se aumente el monto de las multas y prever criterios sobre los parámetros de graduación de las mismas, con montos mínimos altos.

Con respecto a los daños y perjuicios es indispensable reformar el artículo 38 de la LFCE con el objeto de que baste con que la CFC emita una resolución declarando que se cometió una determinada práctica monopólica o concentración prohibida, para que cualquier afectado, con base en ese antecedente y sin la necesidad de que haya sido denunciante, pueda demandar por la vía judicial una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En nuestro país, la existencia de disposiciones jurídicas encaminadas a regular la actividad de los mercados se remontan a la época virreinal. Sin embargo, no es sino hasta la expedición de la LFCE y de la creación de la CFC que podemos hablar de una regulación encauzada a proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, a fin de lograr una asignación eficiente de los recursos.

SEGUNDA. La legislación en materia de derecho de competencia en nuestro país adopta los lineamientos generales de la legislación correspondiente aplicable en los Estados Unidos de América, misma que ha estado sujeta a un desarrollo basado en la casuística desde principios de siglo.

TERCERA. La legislación en materia de competencia económica de la Unión Europea, debido a que es el mercado único más grande del mundo, es muy actual y precisa y acorde con nuestro sistema jurídico por ello es conveniente adaptar ciertas cuestiones para actualizar nuestra legislación.

CUARTA. Existen varias faltas en la LFCE, producto de un lamentable descuido en su redacción final; adicionalmente, la práctica ha revelado aspectos a fortalecer y a adecuar bajo la óptica económica.

QUINTA. El artículo 21 de la LFCE, no contempla la participación en el proceso de notificación de concentraciones a los afectados y aunado a que el artículo 22,

fracción I, del mismo ordenamiento establece que no son impugnables las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable resulta consecuentemente inconstitucional la falta de participación de los afectados.

SEXTA. El artículo 26, fracción IV, del Reglamento, es inconstitucional, no sólo porque no prevé audiencia alguna a los terceros afectados en el procedimiento de notificación, sino que se les impide expresamente el acceso a la documentación relativa a la concentración y a impugnar el procedimiento.

SÉPTIMA. Las hipótesis previstas en los artículos que integran el Capítulo III de la LFCE carecen de una redacción precisa, lo que hace necesario la interpretación constante de la norma en sentidos equívocos, lo que genera falta de seguridad y certeza jurídica.

OCTAVA. La publicación del extracto del acuerdo de investigación no permite incluir los datos de los agentes económicos investigados y la referencia a la concentración investigada se limita a consistir en la reproducción del texto de una fracción de los artículos 9 o 10 de la LFCE o 7 de su Reglamento, respecto de un determinado mercado. Lo que repercute en el derecho de las partes afectadas a participar en el procedimiento y al agente investigado su derecho a una defensa adecuada.

NOVENA. Las facultades de la CFC en materia de investigación resultan escasas y limitan, de manera grave, el éxito que podría tener dicho órgano con facultades efectivas.

DÉCIMA. La regulación de las sanciones no prevé criterios para los parámetros de graduación de las multas, además de que los montos de las mismas son mínimos.

DÉCIMA PRIMERA. En materia de daños y perjuicios, resulta arbitrario y, consecuentemente, inconstitucional, sujetar la posibilidad de demandar daños y perjuicios por violaciones a la LFCE, a la condición de que el afectado acredite dichos daños ante la CFC.

DÉCIMA SEGUNDA. Los problemas que se refieren las conclusiones quinta a décima anteriores deben comprender, al menos, las modificaciones previstas en el Capítulo IV, inciso 4.3 de la presente tesis.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Acosta Romero, Miguel, *Derecho Administrativo Especial*. Porrúa, México, 1989.

Acosta Romero, Miguel, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*. 1ª ed., Porrúa, México, 1989.

Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*. 14ª ed., Porrúa, México, 1999.

Aguilar, Levy, et al, *Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. UNAM, México, 1994.

Areeda, Phillip, Kaplow, Louis, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. 4ª ed., Editorial Little Brown and Company, Estados Unidos de América, 1998.

Black Campbell, Henry, *Black's Law Dictionary*. 6ª ed., West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1991.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*. 17ª ed., Porrúa, México, 1993.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de la Defensa de la Competencia*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

Castañeda, Levy, et al, *Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica*. Revista Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Comisión Europea, *La Política de Competencia en Europa y el Ciudadano*. Oficina de publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2000.

Comisión Federal de Competencia, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, 2003.

De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 6ª, Porrúa, México, 1991.

García Rodríguez, Sergio, *México's New Institutional Framework For Antitrust Enforcement*. Editorial DePaul Law Review, Estados Unidos de América, 1995.

Gellhorn, Ernest, *Antitrust Law and Economics in a Nushell*. 3ª ed., Editorial West Publishing Co., Estados Unidos de America, 1986.

- Ginebra Serrabou, Xavier, *Derecho de la Competencia*. Editorial Cárdenas, México, 2001.
- Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*. 9ª ed., Editorial Oxford, México, 2000.
- González Oropeza, Manuel, *Constitución Política Comentada*, UNAM, 1985.
- González Uribe, Héctor, *Teoría Política*. 8ª ed., Porrúa, México, 1992.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. UNAM, México, 1994.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Reforma Regulatoria en México*, París, 2000.
- Ovalle Fabela, José, *Derecho Procesal Civil*. 7ª ed., Editorial Harla, México 2000.
- Prado Robles, Luis y Elizondo Castro, León Ricardo, *El Reglamento de la Ley de Competencia Económica*. Informe Anual 1997 de la Comisión Federal de Competencia, México, 1998.
- Rowley, J. William, Baker, Donald L, *International Mergers, The Antitrust Process*. 2ª ed., Editorial Sweet & Maxell, Londres, 1996, v. II, t. IV.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*. 23ª ed., corregida y aumentada por Serra Rojas Beltri Andrés, Porrúa, México, 2002.
- Sullivan, Harrison, Jeffrey L. Thomas E., *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. 2ª ed., Editorial Matthew Bender, Estados Unidos de América, 1994.
- Van Fleet, Allan, *The Mexican Federal Economic Competition Law*. Editorial Vinson & Elkins, L.L.P., Estados Unidos de América, 1994.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Ley de la Propiedad Industrial.

Ley Federal de Competencia Económica.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Sociedades Mercantiles

Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.

Acuerdo por el que se delega facultades en materia de competencia económica en los servidores públicos de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial que se indican.

Resolución del H. Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de Salarios Mínimos que fija los salarios mínimos generales y profesionales vigente a partir del 1 de enero de 2005.

JURISPRUDENCIA

Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXIV, pág. 499.

Octava Época, Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 53, Mayo de 1992, Tesis: P. LV/92, pág. 34.

Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Junio de 2000, Tesis: P. XC/2000, pág. 26.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Hoague, Eleanor, *Diccionario Jurídico Law Dictionary*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*. 13ª ed., UNAM, México, 1999.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Porrúa, México, 2002.

Juan Miguel del Palomar, *Diccionario de juristas*. Seminario de derecho de trabajo, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1981.

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Editorial Mundi-Prensa, México, 1995.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª ed., Editorial Espasa Calpe, S.A., España, 1994.

Varios, *Lexipedia*. *Diccionario Enciclopédico*, 1ª ed., Encyclopaedia Britannica Publishers, Inc., Estados Unidos de América, 1996, t. I.

DOCUMENTOS

Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica.

Informe Anual 1994-95 de la Comisión Federal de Competencia.

Clayton Act.

Federal Trade Commission Act.

Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act.

Sherman Act.

U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission 1992 Horizontal Merger Guidelines.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento Comunitario de concentraciones)

Reglamento (CE) N° 802/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 por el que se aplica el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Reforma Regulatoria en México, París, 2000, pág. 62.

Tesis del Tribunal Pleno, visible en el Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta, correspondiente a agosto de 2000, página 17.

Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa al amparo en revisión 2589/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<http://www.cddhcu.gob.mx>

<http://www.scjn.gob.mx>

http://europa.eu.int/es/treaties/dat/C_2002325ES.003301.html

www.funcionpublica.gob.mx/ocde/

www.oecd.org