



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

*Análisis Jurídico de la Reclamación de Daños
por Violación al Artículo 28
Constitucional en Materia Mercantil*

TESIS

que para obtener el título de
Licenciado en Derecho

PRESENTA

José Homero de la Fuente Ceja

DIRECTOR DE TESIS

Lic. Alejandro Torres Estrada

Ciudad Universitaria, CDMX, abril 2018





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*PARA BLANCA Y BLANCA,
un pilar en mi vida
y la otra una inspiración para ser mejor.*

José Homero de la Fuente Ceja

ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS
POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO
28 CONSTITUCIONAL EN
MATERIA MERCANTIL

Título original: Análisis Jurídico de la Reclamación de Daños por Violación al Artículo 28 Constitucional en Materia Mercantil
Escrito por: José Homero de la Fuente Ceja
Diseño editorial por: Thésika · Diseño de tesis
© Derechos reservados (las imágenes usadas en el diseño de este documento fueron adquiridas legalmente por Thésika.mx. El autor conserva todos los derechos).
contacto@thesika.com.mx | www.thesika.mx
Impreso en la CDMX durante 2018.

Composición & Diseño editorial: Valeria Morales (Thésika)
Corrección ortográfica: José Homero de la Fuente Ceja



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN A LA COMPETENCIA ECONÓMICA	14
A. Marco teórico	15
A.1 Interpretación normativa	17
A.2 Law and Economics: Análisis Económico del Derecho	20
B. El problema de la reclamación de daños por violación al artículo 28 Constitucional en materia de competencia y libre concurrencia	22
C. Conceptos relevantes	27
C.1 Competencia Económica	27
C.2 Agente Económico	29
C.3 Grupo de Interés Económico	30
C.4 Competencia Perfecta y Competencia imperfecta	30
C.5 Prácticas Monopólicas	32
C.6 Concentración	33
C.7 Concentración Ilícita	34
C.8 Daño al mercado	34
CAPÍTULO II. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO	38
A. Public Enforcement. El papel de la Cofece	60
B. Private Enforcement. La importancia de la reclamación de daños en la política de competencia en México	63
CAPÍTULO III. TEORÍA DEL DAÑO EN MATERIA MERCANTIL	66
A. Hecho Ilícito	72
B. Daño	74
C. Nexo Casual	78
CAPÍTULO IV. RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL	86
A. Antecedentes	87
B. Reparación por la vía ordinaria civil y mercantil	89
B.1 Procedimiento	89
B.2 Efectos de la reclamación de daño	93
C. Reparación por la vía de acciones colectivas	95
C.1 Procedimiento	96
C.2 Efectos de la reclamación de daño	103
D. Reparación por la vía de acciones colectivas	104
D.1 Procedimiento	104
D.2 Efectos de la reclamación de daño	105
E. Reparación por la vía de acciones colectivas	110
E.1 Procedimiento	110
E.2 Efectos de la reclamación de daño	114
CAPÍTULO V. EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES CIVILES	116
A. Legitimación activa	118
B. Requisitos de legitimación activa	122
CONCLUSIONES	136
BIBLOGRAFÍA	138

ABREVIATURAS

CFC	Comisión Federal de Competencia
Cofece	Comisión Federal de Competencia Económica
DOF	Diario Oficial de la Federación
CCF	Código Civil Federal
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica, publicada el veintitrés de mayo de dos mil catorce.
LFCE 1992	Ley Federal de Competencia Económica, publicada el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos. Abrogada.
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Por sus siglas en inglés: <i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
Ibid.	Ibidem
LFRPE	Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
PJF	Poder Judicial de la Federación

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es hacer una investigación jurídica que dé luz a todas aquellas empresas, o personas en general, que sufran un daño patrimonial por violaciones al artículo 28 Constitucional en materia de competencia económica. Mostrar los incentivos a los practicantes en Derecho sobre oportunidades litigiosas en un mercado poco explorado como es la reclamación de daños en materia de competencia, incluso, más que exposición de un mercado no explotado, la invitación para asesorar a sus clientes sobre las herramientas jurídicas existentes para proteger su patrimonio y empresa.

Es importante resaltar que, si bien es una materia regulada principalmente en el Derecho Administrativo, dicha regulación se vuelve relevante en el ámbito del comerciante, al ser sujeto de regulación de esta materia y a la vez posee determinados derechos subjetivos frente a otros comerciantes y el mismo Estado para que pueda desarrollar su actividad con plena libertad comercial y respetando la libertad comercial de los otros comerciantes.

Por otro lado, también existe la posibilidad que los comerciantes, ante conductas que la ley de competencia califica de ilícitas, reclamen por vía judicial que se indemnice la afectación patrimonial que han sufrido. Esto es el tema central del presente trabajo.

Para lo anterior, en el PRIMER CAPÍTULO se aborda un análisis a la legislación mexicana ubicando todas aquellas figuras jurídicas que pueden dar respaldo a la libre actividad empre-

sarial de las personas, asimismo, se exponen los principales problemas que han aparecido en México para la reclamación de daños y algunos conceptos jurídicos y económicos que el lector debe familiarizarse para sumergirse en la materia de competencia económica.

Para el SEGUNDO CAPÍTULO se presenta una breve historia de las políticas de competencia en México, tomando énfasis en el papel que desempeñan dos actores relevantes para los fines de la política de competencia en México, La Comisión Federal de Competencia Económica, public enforcement, y el sector privado, private enforcement. Estos personajes tienen gran relevancia, y, a pesar de desempeñar papeles distintos, se alimentan de los objetivos alcanzados por el otro. De ahí la importancia de su dualidad y lo relevante que estos actores funcionen en conjunto para efectos de indemnización por daños a la competencia y libre concurrencia.

Como TERCER CAPÍTULO se aborda la teoría del daño en materia mercantil. Desarmando sus tres conceptos esenciales -Hecho ilícito, daño y nexo causal- conforme a las nuevas doctrinas y su posible aplicación para subsanar aquellos problemas que pudieren surgir ante defender a los agentes económicos o consumidores de violaciones al artículo 28 Constitucional.

En el CAPÍTULO CUARTO revisaremos algunos antecedentes en México respecto a los intentos en la reclamación de daños por cuestiones de competencia y, en su caso, revisar

algunas deficiencias en la técnica jurídica empleada para alcanzar este fin. También, se presentan todos aquellos procedimientos que pueden fungir como medio para obtener un resarcimiento por violaciones al 28 Constitucional, cada procedimiento se avoca a circunstancias y actores específicos, conforme al caso concreto, y se proponen algunos elementos argumentativos que pudieren ser elementales para el fin deseado.

El CAPÍTULO QUINTO pudiera parecer un apéndice, pero es un tema que vale la pena analizar, en el entendido que el presente trabajo es una invitación a los abogados para inmiscuirse en la materia y ejercer las acciones conducentes, esta es la última de las herramientas analizadas. Las asociaciones civiles pueden fungir como *think-tanks*, asesores de particulares, promotores y defensores de derechos, procuradores de litigio estratégico y como defensor de derechos colectivos. Este último papel es de suma importancia dadas

las características de los daños al mercado que suelen existir en este tipo de conductas. Para lo anterior se exponen algunos elementos que deben ser tomados en cuenta para que las asociaciones civiles puedan ejercer la acción, y que esta sea legítima, para exigir la reparación de daños por daño a los procesos de competencia y libre concurrencia.

Con todo lo anterior se demuestra lo viable y necesario que es la reclamación de daños en las políticas de competencia económica. Dado los beneficios que pueden brindar a la sociedad, los nichos laborales que se generan y sobre todo los incentivos que generan a las personas para delimitar su comportamiento en el campo de lo lícito. Estos puntos sirven como pilares no solo para unos mercados más sanos, sino un pequeño cambio de paradigma en la cultura mexicana, para bien.



CAPÍTULO

I



Introducción a la Competencia Económica

El presente capítulo abarca la posición del marco teórico para efectos del presente trabajo, así como una breve exposición de elementos necesarios para comprender la materia de competencia económica que, como ya vimos anteriormente, resulta ser de mucha importancia en el ámbito empresarial.

La ley de competencia económica enfoca su regulación en el actuar de las empresas y otros agentes que intervienen en la economía. La importancia de regular las actividades económicas¹ surge por la relevancia de las empresas que, como unidades económicas, tienen por objeto la producción o intercambio de bienes y servicios,² lo que repercute en la vida económica de un país.

A. MARCO TEÓRICO

A.1 Interpretación normativa

Me gustaría aclarar el título del presente proyecto, ¿por qué análisis jurídico? La conjetura que puede tener el lector es que se revisará la construcción normativa de determinado

¹ Entendiendo actividad económica como el elemento que funge como punto de apoyo a la figura del empresario, puesto que el empresario será aquél que constituya una actividad económica. Messineo, Francesco. *MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. VOLUMEN II. Primera Edición, Editorial Oxford, México 2003. Página 222.*

² Pina Vara, Rafael de. *DERECHO MERCANTIL MEXICANO. Trigésima Edición, Editorial Porrúa, México 2005. Página 27.*

fenómeno jurídico para después llegar a las conclusiones, esta puede ser en parte correcta, pero limitada. Estamos omitiendo el método a partir del cual se analizará la construcción normativa respecto a nuestro problema, pues el método es en sí parte ya de la respuesta a nuestro problema.

Para interpretar una construcción normativa, o normas en general, se parte primero del principio de literalidad de la norma, partiendo del supuesto que existen normas jurídicas con alto grado de claridad en su composición gramatical y uso de lenguaje popular que facilitan su interpretación a cualquier individuo que logre interpretar la norma. También existen las normas jurídicas llamadas de «oscura interpretación», ya sea por el alto grado de tecnicismo impreso en el enunciado, el contexto cultural que da formación a la norma o existencia de lenguajes poco convencionales al momento de interpretar el enunciado mismo.

Algunos autores señalan que la interpretación normativa sólo aplica a las normas oscuras, dado que los enunciados con alto grado de claridad o no controvertidos en su significado, no requieren ejercicio alguno de interpretación.³ Nosotros consideramos que tomando en cuenta los estudios del jurista H.L.A. Hart, las normas con alto grado de claridad o no controvertidas en su sentido, no las exime de interpretación o reinterpretación, el hecho de que su sentido no sea controvertido no implica que ese sentido sea no derrotable.

El sentido atribuido a una norma parte de un bagaje lingüístico por parte de los interpretes, de esta forma es que ciertos enunciados llegan a no ser controvertidos dada la familiaridad que tienen todos los sujetos, formando así un juego de lenguaje.

³ Por citar un ejemplo, podemos ver la obra de Ricardo Guastini *Le Fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1993.

Un ejemplo de esto son el concepto de vehículo, mimetizando el ejercicio del jurista Hart, supongamos un enunciado de la siguiente forma:

Está prohibido entrar al parque con vehículos

A primera vista, los individuos que lean este señalamiento, no dudarán en pensar que está prohibido entrar al parque con un automóvil o un tractor, pero, el sentido del enunciado encuentra polémica si pensamos en entrar con una bicicleta. Hart responde este problema argumentando la importancia de la interpretación normativa conforme a los juegos de lenguaje, buscando el sentido deóntico del enunciado.

Como se ve anteriormente, difícilmente encontraremos normas con grado de claridad tan alto y con un sentido no controvertido, incluso, en aquellos casos donde se presume que el sentido de un enunciado no tiene controversia, debemos repensar su sentido y significado ante la posibilidad de encontrar nuevos sentidos o reinterpretaciones.⁴

Para el jurista Hans Kelsen las disposiciones jurídicas pueden contener tres tipos de indeterminaciones: i) relativa, por no ser claro a quién o quienes va dirigida la norma,

⁴ Un ejemplo de reinterpretaciones, o buscando nuevos sentidos, podemos citar el matrimonio en México. Donde a partir de una postura progresista y de derechos humanos se llegó a la conclusión que el concepto mismo de matrimonio no puede excluir la unión de dos personas, en razón de su sexo.

por lo que se requiere un ejercicio cognoscitivo por parte del aplicador; ii) intencional, a voluntad del legislador, se deja un campo de actuación para el aplicador del derecho, y iii) no intencionales, cuando el lenguaje de la norma no es unívoco o existe discrepancia entre el sentido de la norma y su expresión lingüística.⁵

Los planteamientos del jurista Guastini respecto a las normas, diferimos en cuanto que las normas alto grado de claridad y aquellas oscuras, en el punto que, retomando un poco las ideas de Kelsen y lo abordado en párrafos anteriores, todos los enunciados jurídicos acarrean interpretación, sin importar el grado de claridad o el concenso en su sentido deóntico.

Tomando en cuenta que la claridad u oscuridad de una norma, dependerá de los usos juegos de lenguaje inmersos en nuestro sistema jurídico así como de los participantes del mismo, sus concensos, controversias e ignorancia de los juegos de lenguaje ajenos. De esta forma el método usado para el presente trabajo partirá de este principio.

El método propuesto permite observar la dicotomía de la norma jurídica,⁶ esto es, la separación del enunciado normativo, compuesto por signos lingüísticos que hacen apreciable un enunciado de contenido preponderantemente deóntico, lo que llamaré disposición o disposición normativa, y la norma jurídica, es el significado o sentido atribuido a la disposición normativa por medio de su racionalización. Quedando de esta forma:

⁵ Nettel Díaz, Ana Laura. *La interpretación jurídica análisis crítico de dos posiciones positivistas: Hans Kelsen y Alf Ross*. Revista *Alegatos*, página 119-124, enero-abril 1995. Disponible en el siguiente hipervínculo: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/26/29-11.pdf> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

⁶ Esta dicotomía es plantada originalmente por nuestro autor Guastini.

<i>Disposición jurídica</i>	<i>Signos lingüísticos objeto de interpretación</i>
<i>Norma jurídica</i>	<i>Resultado de la interpretación de los signos lingüísticos</i>

No se puede omitir que acotar la interpretación a las normas, y no los hechos, pudiere parecer una perspectiva incompleta, ya que dejamos de un lado los hechos, que son el objeto de aplicación del derecho en la gran mayoría de los casos. Situación que no afecta para los fines del presente trabajo, puesto que, como se verá más adelante, la calificación de los hechos para adecuarlos a la norma jurídica es un labor preponderantemente realizado por las autoridades de competencia, dejando únicamente la necesidad de acreditar los elementos de responsabilidad civil extracontractual a los sujetos que tengan el interés en ser resarcidos en el daño patrimonial por la comisión de prácticas violatorias del artículo 28 Constitucional.⁷

Teniendo claro nuestro método para analizar las normas, vale la pena aclarar que la interpretación que lleguemos a tomar sobre determinadas disposiciones normativas, se materializa en la argumentación jurídica.⁸ Al final, para alcanzar nuestra pretensión el

⁷ En adelante, y por economía lingüística, se llamará «Constitución» a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Cuando se haga referencia a una constitución anterior, por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, se le llamará «Constitución de 1857».

⁸ Por argumentar, se tomará la definición de Manuel Atienza en su obra *Argumentación Constitucional: Teoría y Práctica: «Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esta actividad puede ser muy compleja y consiste en un número muy elevado de argumentos (razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas».*

juzgador deberá pronunciarse sobre los hechos y nuestros argumentos alrededor de los mismos, para poder sostener su sentencia.⁹

A.2 Law and Economics: Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho,¹⁰ tiene dos vertientes: 1) el estudio del derecho a partir de metodologías que han sirven como base para la teoría económica, y 2) el estudio de las interacciones entre derecho y economía.¹¹

En este sentido, citando a los autores Mercurio y Medema:

... se podría definir el análisis económico del derecho como la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho de las instituciones legales.¹²

Sin embargo, el uso de metodologías económicas para enriquecer la ciencia jurídica no ha sido del todo bien aceptado y existen algunos abogados y juristas que no desean empaparse de dicha corriente metodológica. Lo anterior resulta en un gran desfortunio, puesto que

⁹ Este razonamiento se sostiene bajo los artículos 14 y 16 Constitucionales, los cuales determinan que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado. Por fundado se entiende la obligación de expresar las disposiciones normativas que dan sustento a la resolución de la autoridad; por motivación la exposición de los razonamientos lógicos por medio de los cuales desprenden la norma jurídica y la interpretación de los hechos, así como estos se adecuan a la norma en cuestión.

¹⁰ Traducción que considero correcta de Law and Economics.

¹¹ Precedente. Anuario Jurídico. El análisis económico del derecho. Ana María Arjona Trujillo y Mauricio Rubio Pardo. Número 2002, enero 2002.

¹² Véase, disponible en: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjona-MauricioRubio.pdf>

la economía, independientemente de su “corte político”, ha hecho grandes avances en las ciencias sociales al poder emitir modelos, algoritmos o complejas fórmulas matemáticas que sirven para estudiar o explicar el comportamiento humano.¹³

Las ciencias económicas encuentran sus raíces desde los estudios de los autores Adam Smith y Jeremy Bentham, dos filósofos importantes para los angloparlantes, y los estudios del autor Becker- Estos autores supusieron una revolución en la economía, al crear teorías que buscan predecir o estimar las conductas de las personas a partir de tres elementos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.¹⁴

Es este punto de predictibilidad de la conducta humana el cual se convierte en uno de los enfoques que ayuda substancialmente al Derecho. El Derecho, como herramienta de regulación de la conducta humana, encuentra de gran utilidad la utilización de modelos económicos,¹⁵ análisis de incentivos, teoría de juegos y demás herramientas de la economía, al momento de redactar una ley, motivar una sentencia o resolución administrativa, así como la redacción de contratos.¹⁶

Así, sin intentar ahondar más en este tema -puesto que requeriría un trabajo de tesis independiente-, se opta por tener como marco teórico esta corriente de pensamiento jurídico y con esta breve, sino es que demasiado breve, será más intuitivo seguir las citas

¹³ Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno / México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Capítulo 20: Análisis Económico del Derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. Alfredo Bullard.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Como referencia, podemos mencionar los últimos ganadores de premio nobel -Oliver Hart y Bengt Holmström- por sus aportaciones a la teoría de los contratos, donde analizan este concepto desde la teoría económica.

de algunos autores para enriquecer la doctrina mexicana de daños, en particular por violaciones al artículo 28 Constitucional.

A diferencia de otros autores u obras, este trabajo no reduce el reclamo de daños a únicamente una indemnización de un particular a otro particular, puesto que, en nuestro sistema jurídico, se puede ejercer una gama de acciones frente a violaciones al artículo 28 Constitucional, de las cuales podemos resaltar las, que se abordan en el capítulo IV, la vía ordinaria civil y mercantil, vía amparo, procedimiento de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado,¹⁷ y sus análogas locales, así como acciones colectivas.

Cada una de estas acciones tiene sus particularidades y servirán para determinados casos, así, si nos topamos con un reglamento que impone distancias mínimas entre molinos de nixtamal, podemos acudir directamente al amparo, sin la necesidad de entrometer a la Comisión Federal de Competencia, y obtener una reparación en su modalidad de inaplicación de una norma violatoria del 28 Constitucional.¹⁸ Caso distinto, si lo que pretendemos es una indemnización por actos cometidos por algún particular, probablemente, la mejor vía es denunciar una conducta anticompetitiva ante la Comisión y cuando esta emita su resolución, entonces sí, iniciar el procedimiento de reclamación de daños por la vía civil o mercantil.

B. EL PROBLEMA DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA

¹⁷ Publicada en el DOF el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro.

¹⁸ Es relevante resaltar los criterios judiciales «MOLINOS DE NIXTAMAL, INCONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO DE LOS», R: 336058; «REGLAMENTOS QUE FIJAN DISTANCIAS», R: 818887; «DISTANCIA, REQUISITOS DE. LAS LEYES QUE O FIJAN SON VIOLATORIAS DE LOS ARTÍCULOS 4º. Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (REGLAMENTO DE EXPENDIOS DE LECHE EN EL MUNICIPIO DE TORREÓN, COAHUILA), R:814894; «REGLAMENTO DE LA INDUSTRIA DEL PAN», R: 817402

Antes de abordar cuál es la vía idónea para cada uno de los supuestos que uno puede encontrarse, considero esencial dar una revisión al concepto de propiedad para comprender un poco la legitimidad que tiene cada persona para obtener el mayor beneficio posible a partir de sus bienes, y al mismo tiempo, permitir que los demás obtengan esa maximización de los suyos, formando una relación recíproca, donde la propiedad deja de ser relevante como un derecho liberal y más como factores que impulsan el bienestar social.

El concepto de propiedad ha cambiado a través del tiempo, principalmente, respecto a la libertad que se tiene frente a las cosas. Así, podemos rastrear desde la época romana los derechos reales expuestos por los jurisconsultos, la propiedad natural y originaria de John Locke, la reconceptualización de los derechos de propiedad desde Jeremy Bentham y la concepción de la propiedad como función social.

Como consecuencia de Bentham tenemos los estudios del autor Duguit, los cuales establecen el concepto de propiedad que permeo en las sociedades occidentales a finales del siglo XIX. Este nuevo concepto de propiedad se contraponen con el derecho natural del hombre respecto a los bienes, imponiendo un límite a los clásicos derechos reales, sometiéndolos al bien común. En palabras del autor Pasquale:

Idea que se refleja en el artículo 16 del CCF, y sus correlativos, que señala:

*Siendo así, la propiedad ahora descansa sobre la noción de interdependencia, noción que de por sí brinda un marco de justificación más sólido que la noción meramente subjetiva e individualista anterior. La teoría que él postula permite sustentar cierto tipo intervención estatal regulatoria de la propiedad, pero sin poner en cuestión la persistencia misma de la propiedad privada.*¹⁹

Artículo 16.- Los habitantes del Distrito Fedral tienen la obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudiquen a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.

En este orden de ideas, vemos que la propiedad, tiene límites exigibles frente a terceros. Así, los medios de producción se encuentran regulados por la legislación de competencia,²⁰ principalmente por el problema o daño que pueden causar a la sociedad en general, algún sector o frente a una persona en particular.²¹

¹⁹ *La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: Una relectura desde la perspectiva historiográfica.* María Florencia Pasquale. Universidad Nacional de Córdoba. Disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/articulo/viewFile/399/358> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

²⁰ *Al respecto, se sugiere analizar el criterio del poder judicial «CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN» desde la teoría de la función social de la propiedad.*

²¹ *Tomar la legislación de competencia como consecuencia de la función social de la propiedad, es un tema importante para efectos de la argumentación de hacer reprochable las conductas para sostener la constitucionalidad de la reparación del daño.*

Respecto a estos límites al libre ejercicio mercantil, el artículo 28 Constitucional indica:²²

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 tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para 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.

Esto, se traduce en el objeto de estudio. El doble carácter que existe en esta disposición, es decir, el mal ejercicio de la capacidad productiva de las personas puede causar un daño ilegítimo a terceros, así como la actividad de las autoridades públicas que vulneren el libre ejercicio eficiente de los medios de producción de las personas, en ambos casos, cuya reparación o indemnización puede ser exigible.

²² *Las conductas sancionables son abordadas más adelante, en el subcapítulo de «Conceptos Relevantes», análisis del concepto prácticas monopólicas y Concentraciones.*

El problema surge cuando revisamos los estudios realizados en México, y para México, respecto a este tema. Pues resulta que existen pocos casos, de los cuales solo se tiene registro de tres, donde dos no fueron fructíferos y el tercero se encuentra en trámite.²³

Asimismo, ante los pocos antecedentes que existen en nuestro país, los cuales podemos atribuir a un desconocimiento sobre el tema, genera una incertidumbre a diversos sujetos que, en otras circunstancias, podrían exigir justicia para sí mismos, ergo, obtener su indemnización correspondiente.

Hay que tomar en cuenta que Competencia Económica es un tema que, si bien surge desde las políticas neoliberales de los años 90, dada la existencia de una autoridad de competencia sin las herramientas suficientes para ser persuasiva, además de las diversas herramientas judiciales usadas por los abogados mexicanos contra esta, la política de competencia brilló por su poca efectividad frente a los grandes empresarios, por lo tanto, se convirtió más en un tema de cumplir políticas de compliance de diversas empresas sujetas a la legislación norteamericana.

En conclusión, la poca o nula experiencia mexicana en el tema de reclamación de daños genera un desincentivo al ejercicio de la abogacía respecto a este tema, por lo que este trabajo tiene como objetivo servir como guía, buena o mala, para aquellos abogados que tengan interés en conseguir una indemnización a sus clientes, ya sea por prácticas monopólicas u otras violaciones al artículo 28 Constitucional en materia de competencia económica.

²³ Adicional a los casos *Canels v. Cadbury y Ajemex v. Coca Cola*, citados por Pedroza, en «Responsabilidad civil, acciones colectivas y competencia económica. Replantando el estándar de daño exigible», en el año 2016, Alberto Barrando, por medio del Universal, da nota de un caso de reclamación de daños por violaciones al 28 Constitucional por parte del IMSS frente a diversas farmacéuticas, por el caso de licitaciones que sancionó la Cofece.

C. CONCEPTOS RELEVANTES

c.1 Competencia Económica

Para su concepto en abstracto, podemos tomar el siguiente: Es el esfuerzo que realizan dos o más personas, comercios o empresas, para incrementar sus ventas al ofrecer más opciones de productos y servicios de mayor calidad a mejores precios.²⁴

En parelo, Motta, define que las políticas de competencia:²⁵

El conjunto de políticas y normas con el bojetivo de que la competencia en los mercados no se restrinja en perjuicio de la sociedad.

Finalmente, el jurista Witker define derecho de la competencia económica como:²⁶

Una rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos públicos y privados, (...) [e]l elemento común en estas prácticas es que lesionan o restringen la competencia en los mercados, afectando precios de bienes y servicios, y dañando a productores, distribuidores y consumidores.

Conforme a lo anterior, me permito concluir que el derecho de la competencia económica, es una herramienta de políticas públicas, por medio de la cual busca solucionar

²⁴ Véase «Conceptos básicos sobre competencia económica que deben conocer las organizaciones empresariales y empresas», Consejo Coordinador Empresarial: <http://www.cce.org.mx/wp-content/uploads/2014/07/Guia-Basica-sobre-Competencia-Economica-2015.pdf> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

²⁵ Traducción propia de: «the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in a way that is detrimental to society». Motta, Massimo. *Competition Policy*. P. 30.

²⁶ Witker, Jorge y Varela, Angélica. 2003, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. P. 1.

aquellas fallas del libre mercado, protegiendo el proceso de libre competencia y libre concurrencia.²⁷ Respecto al objetivo de las políticas de competencia económica, existen dos modelos a seguir, el europeo y el norteamericano.

Asimismo, es de resaltarse algunas diferencias entre el modelo norteamericano y el modelo de la UE. El primero se ha caracterizado por tener como meta, salvaguardar las eficiencias del mercado y el bienestar del consumidor, mientras que el modelo europeo se ha caracterizado por proteger primordialmente el proceso de competencia.²⁸ México, se encuentra más cercano al modelo norteamericano, como podemos constatar a partir de los párrafos primero y segundo del artículo 28 Constitucional²⁹ y pronunciamientos del poder judicial,³⁰ aunque, en su estructura, es más similar al sistema europeo.

²⁷ En México encontramos los primeros antecedentes en la Constitución de 1857, en su artículo 28: “ART. 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones á título de protección á la industria. Exceptúanse únicamente los relativos á la acuñacion de moneda, á los correos, y á los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley á los inventores ó perfeccionadores de alguna mejora.”

²⁸ Tübingen, Wernhard Möschel. *US versus EU Antitrust Law*. Disponible en: <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/WernhardMoeschel.pdf> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

²⁹ CPEUM: 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 tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para 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.

Adicionalmente, se resalta que la libre competencia, junto a la libre concurrencia,³¹ como bien jurídico tutelado del artículo 28 Constitucional, tiene efectos benéficos en la economía y bienestar social de las naciones, por ejemplo la protección de la pequeña industria, promover la innovación,³² la integración de mercados, la libertad económica, así como combatir la inflación.³³

c.2 Agente Económico

En México, el término de agente económico es utilizado en materia de competencia económica. Acorde a la LFCE, es que son personas o agrupación de las mismas que participan en la actividad económica.

Desde la vieja legislación de competencia, encontramos su definición en el artículo 3^o:³⁴

³⁰ Véase, 2a./J. 9/2017 (10a.), *Prácticas Monopólicas*. Bienes Jurídicos tutelados en esta materia por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; I.3^oC-53 C (10^o.), *Consumidor*. La obtención del máximo beneficio con sus reservas, es un derecho humano del consumidor tutelado en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se complementa con las directrices de la Organización de las Naciones Unidas para su protección;

³¹ Sobre las diferencias entre libre competencia y libre concurrencia, Witker señala puntualmente que la diferencia, en términos jurídicos, consiste en que la libre concurrencia «está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios»; por libre competencia, «supone la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada». Witker, Jorge y Varela, Angélica. 2003, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. P. 4.

³² Pérez Miranda, Rafael. *PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA EN MEXICO*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1999.

³³ Massimo Motta. *Competition Policy*. 12^a ed., EE. UU., Cambridge University Press, p. 17 a 30.

³⁴ En la LFCE se ha mantenido la misma definición, en su artículo 3, fracción I.

Artículo 3°. Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la vida económica.

Uno de los primeros puntos que se pueden resaltar de esta definición es que no limitamos el sujeto de la norma a un ser en cuanto a sus características, mas bien, un ser respecto a su actuar.³⁵

c.3 Grupo de Interés Económico

Es una modalidad de agente económico, donde lo relevante es la unión de distintas personas para alcanzar un objetivo financiero o comercial común. Sus elementos, conforme al pronunciamiento del Poder Judicial, son: *conjunto de personas, actividades coordinadas con un fin comercial o financiero, unidad de comportamiento y el control que una persona ejerce sobre el grupo.*³⁶ Este término encuentra su primer antecedente, dentro de la legislación mexicana, en la resolución de la CFC contra el Sistema Coca-Cola.

c.4 Competencia Perfecta y Competencia imperfecta

La competencia perfecta no existe en el mundo real, es un concepto que se usa como referencia para comprender la dinámica de diferentes estructuras de mercado en com-

³⁵ Para abundar en el tema, se puede revisar el análisis de González de Cossio al concepto de agente económico, en hipervínculo <http://gdca.com.mx/PDF/competencia/Agente%20Economico.pdf>. Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

³⁶ Véase la tesis I.4o.A. 1/66, Grupo de Interés Económico. Su concepto y elementos que lo integran en materia de Competencia Económica.

petencia económica y microeconomía. Es la circunstancia del mercado donde existen muchos competidores que venden bienes homogéneos, cuyo precio es determinado por la interacción natural de la oferta y la demanda. Así, ningún agente económico tiene influencia decisiva en el precio, viéndose forzados a ajustar su precio al precio de mercado. En consecuencia cada empresa vende donde el costo marginal iguala al ingreso marginal³⁷ y éste al precio de mercado.³⁸ Podemos simplificarlo con la siguiente fórmula:

$$\text{Ingreso marginal} = \text{costo marginal} = \text{precio}$$

La competencia imperfecta se refiere, a contrario sensu, de aquellos mercados donde existe algún especie de control sobre el mercado por parte de uno o varios agentes económicos. Dentro de este término existen dos tipos de mercado que son de los más estudiados en materia de competencia económica, el mercado oligopolista y el mercado monopolista.

Un mercado monopolista es aquel donde solo existe un solo oferente del bien o servicio -monopolio-,³⁹ ergo, busca poner un precio por arriba del costo marginal, siendo este mayor al que se produciría en un entorno de competencia perfecta.⁴⁰

Esto trae como consecuencia la pérdida de bienestar de los consumidores, puesto que al aumentar el precio por arriba del costo marginal y ofrecer una cantidad menor que en

³⁷ Costo marginal es el gasto que incurre una empresa para poder producir una unidad adicional.

³⁸ Hovenkamp, Herbert. Antitrust, 5ª ed., EE. UU., University of Iowa, 2005, p. 1.

³⁹ Hovenkamp menciona que también se puede considerar un monopolista a alguien que posee el 75% o más del mercado en el que actúa, en razón que, dado su poder de mercado, sus competidores no pueden contrarrestar su poder de mercado, por lo que el comportamiento del mercado se vuelve muy similar a un mercado con un solo oferente. (Ibid., p. 3).

⁴⁰ González de Cossio, Francisco. Competencia Económica, 1ª ed., México, editorial Porrúa, 2005, P 29.

competencia perfecta, se extraen rentas monopólicas a los consumidores y algunos de ellos ya no tienen la posibilidad de acceder al mercado.

Un mercado oligopólico hace referencia a pocos vendedores. Lo característico de este tipo de mercados es que bajo ciertas circunstancias, esta estructura de mercado puede llegar a comportarse de forma muy similar, sino es que igual, a un mercado monopolizado, ello en virtud de la interdependencia que surge entre las pocas empresas que fungen como oferentes, es decir, al reconocerse mutuamente como los únicos oferentes, las mejores decisiones de mercado que pueden tomar serán aquellas que tomen en cuenta, a las decisiones que tomen sus competidores.⁴¹

c.5 Prácticas Monopólicas

La legislación de competencia tiene varios mecanismos para la protección de los mercados y el bienestar de los consumidores, entre los cuales cabe resaltar el combate a las prácticas monopólicas. Sin ánimos de abundar en las bases teóricas de este tipo de conductas, se reducen a dos comportamientos, el cartel y el abuso de dominancia.⁴²

Un cartel es una organización o acuerdo entre dos o más agentes económicos que conjuntamente buscan cambiar las condiciones del mercado para su propio beneficio con el fin de extraer rentas monopólicas, generando un monopolio acordado. Por otro lado, el abuso de dominancia es el comportamiento de uno o varios agentes económicos que dado el poder de mercado que poseen, usan este poder de mercado para desplazar a otros

⁴¹ *Ibid.*, p. 39.

⁴² *Bajo la legislación mexicana, se adopta la figura de cartel como práctica monopólica absoluta, y abuso de dominancia como práctica monopólica relativa. Nominaciones que parecen ser una adaptación de las per se rule y rule of reason de la doctrina norteamericana en la materia de competencia económica.*

agentes económicos de un mercado en particular, por medio de actos que son considerados como lesivos para la sociedad.⁴³

Como se puede observar del párrafo anterior, hay un elemento de presunción, iure de iure para carteles⁴⁴ y iuris tantum para el abuso de dominancia, en cuanto al daño que se puede generar al mercado por medio de estas prácticas. El daño al mercado en la legislación mexicana se enfoca al daño que pueden sufrir los consumidores por la pérdida del poder adquisitivo de su dinero.⁴⁵

c.6 Concentración

Citando al jurista González de Cossio:⁴⁶

Una concentración ocurre cuando dos firmas o activos que, habiendo estado separadas, pasan a formar parte de un mismo propietario o controlador.

⁴³ *Un ejemplo de estas conductas es la depredación de precios, cuando una empresa vende por debajo de sus costos, lato sensu, con el fin de que sus competidores no puedan sostener dicho precio, por lo que terminan saliendo del mercado, y una vez esto, la empresa que realiza la depredación consigue monopolizar el mercado.*

⁴⁴ *Amílcar Peredo Rivera, COMPETENCIA ECONÓMICA. TEORÍA Y PRÁCTICA. México, Porrúa, 2004. Página 85.*

⁴⁵ *Existen otro tipo de daño, como la falta de innovación o calidad de los servicios, aunque es difícil de cuantificar una cantidad exigible por concepto de reparación. Asimismo, en el sistema jurídico mexicano existe una obligación de respetar los derechos de los consumidores. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung. DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN, TOMO I Y II. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, México, 2013. Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner. Página 518*

⁴⁶ *González de Cossio, Francisco. Competencia Económica, 1ª ed., México, editorial Porrúa, 2005, p 224.*

Definición que puede verse sencilla en contraste con la contenida en la LFCE, pero que, en esencia, la replica:

Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes, o cualesquiera otros agentes económicos. (...)

c.7 Concentración Ilícita

Se les llama así a aquellas concentraciones, conforme a la LFCE, tengan por objeto o efecto afectar negativamente el proceso de libre concurrencia o competencia económica.⁴⁷

c.8 Daño al mercado

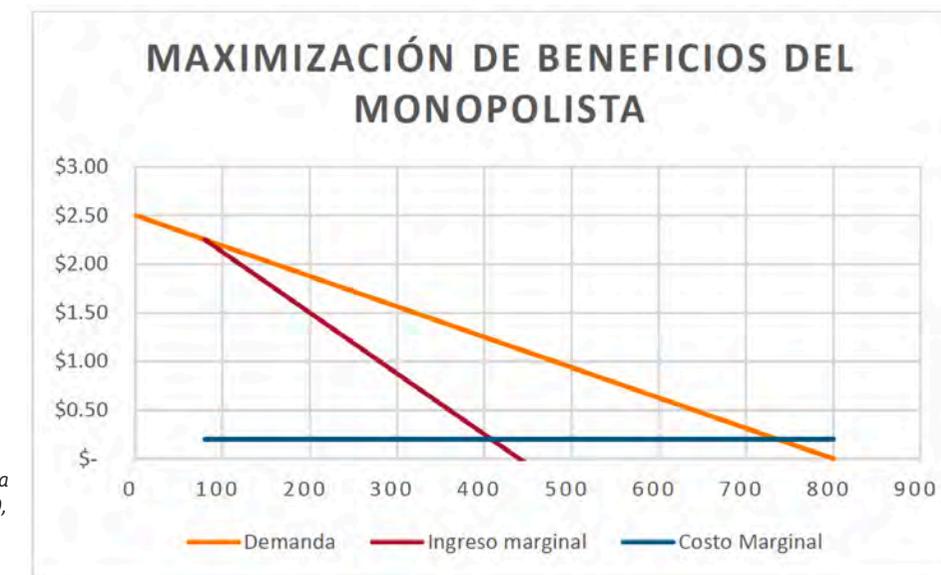
Se refiere al daño causado por una práctica monopólica o una concentración ilícita. Para visualizar el daño potencial de una práctica, podemos ejemplificar con un pequeño ejercicio:

Supongamos que en un pequeño pueblo, existen 4 panaderías, donde cada una de estas panaderías vendía, entre otros productos, bolillo a \$0.50 la pieza. Los panaderos encuentran el sitio de internet www.mexicoemprende.org, en particular con un artículo que les explica que determinados productos pueden aumentar su precio y no por ello la gente dejará de consumirlos,⁴⁸ con esa idea en la cabeza deciden probar que si todos aumentan

⁴⁷ LFCE, artículo 62. Asimismo, es relevante que la Comisión, conforme al artículo 65 de la LFCE, no puede investigar o sancionar concentraciones ilícitas que no requieran ser notificadas a la Cofece.

⁴⁸ <https://www.mexicoemprende.org.mx/calcular-la-elasticidad-demanda/> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

el precio del bolillo a \$1.25, probablemente la gente seguirá consumiendo y sus ingresos aumentarían. Después de realizar la prueba por un par de semanas descubren que de tener un ingreso promedio de \$127.00 diarios, suben a \$355.00 diarios. Mas o menos como lo describe la siguiente gráfica:



Gráfica de elaboración propia. Se consideró una demanda máxima de 800, costo fijo de \$65.00, (de luz y agua), y costo marginal de \$0.20.

En este ejemplo, podemos concluir que los panaderos al momento de coordinarse en precios, están simulando un monopolio y con ese poder de mercado, es que logran subir el

precio por arriba del costo marginal, aumentando sus ingresos netos en \$228.00 diarios.⁴⁹

Cantidad que igual a las rentas monopólicas que se extraen en contra de los consumidores.

En este ejemplo pareciera que extraer \$83,220.00 al año no pareciera ser tan grave, pero, en México se han descubierto, y sancionado, carteles que han extraído rentas monopólicas por 622.7 millones de pesos.⁵⁰ Uno de los elementos por los cuales es importante el derecho de la competencia en nuestra legislación.



⁴⁹ 228.00 diarios es la diferencia entre los ingresos que obtienen al aumentar el precio a 1.25 el bolillo, en comparación con el precio que existía antes de la formación del cartel, el bolillo a 0.50. Esta cantidad aumenta a \$6,931.20 al mes u \$83,220.00 al año, si se considera que venderían la misma cantidad de pan los 30 días al mes, los 365 días al año.

⁵⁰ Para más información, véase el caso de Cofece vs Baxter, Fresenius, Eli Lilly y Pisa disponible en <http://www.cofece.mx:8080/cfcreoluciones/DOCS/INVESTIGACIONES/V120/7/1266645.TIF>

así como en la infografía de la Cofece disponible en:

https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Historias/HISTORIA_IMSS_080415.pdf

Ambos, consultados el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

CAPÍTULO

2



La Política de Competencia Económica en México

En el presente capítulo, se aborda la importancia de desarrollar las políticas de competencia económica, tanto desde el desarrollo de las instituciones que velan por el desarrollo eficiente de los mercados,⁵¹ así como las herramientas que tienen los particulares para combatir hechos o normas que entorpezcan el desarrollo de estos mercados.⁵²

Para explicar la importancia del public enforcement y del private enforcement, primero se aborda el desarrollo de las políticas de competencia en México, desde el surgimiento de la idea del combate a los monopolios, sobre todo aquellos monopolios de derecho y no de hecho.

Por ello, proponemos hacer un breve recapitulado de la historia del artículo 28 Constitucional y la perspectiva de los monopolios en la política económica en México que se divide en i) Constitución de 1857, ii) Constitución de 1917, iii) el proteccionismo, iv) reformas salinistas, v) fortalecimiento de la Cofeco y vi) Autonomía Constitucional. Una vez abordado el recapitulado, en el apartado “*Public Enforcement: el papel de la Cofece*” se expone la historia de esta institución, algunos hitos y la importancia de su rol en la

⁵¹ El papel de las autoridades como garantes del desarrollo eficiente de los mercados en los términos de las políticas de competencia, se entiende como public enforcement.

⁵² El papel de los particulares en el combate de violaciones al artículo 28 Constitucional se entenderá como private enforcement.

política de competencia en México, y por último, el papel de los particulares es abordado en el apartado “*Private enforcement: la importancia de la reclamación de daños en la política de competencia en México*”.

De esta manera, se aborda el panorama general de la política de competencia en México y el por qué de la necesidad del desempeño de los particulares, en especial los abogados, como defensores del artículo 28 Constitucional.

LA CONSTITUCIÓN DE 1857

El Congreso Constituyente inició sus labores el 18 de febrero de 1856, llevando sus trabajos legislativos por un año y, en palabras de Emilio O. Rabasa, “este órgano fue de los más brillantes, célebres y trascendentes en la historia política de México”,⁵³ y es claro este calificativo, si tomamos en cuenta los personajes que fueron parte del mismo.⁵⁴

Posteriormente, el 14 de agosto de 1856, se propuso como artículo 20 de la nueva Constitución, la siguiente disposición:

⁵³ Palafox, Ibarra; Salazar Ugarte, Francisco Alberto; y otros. *Cien Ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 1: Estudios históricos*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2017, p. 310.

⁵⁴ Entre estos personajes, podemos destacar a Valentín Gómez Farías, Francisco Zarco, Ponciano Arriaga, Guillermo Prieto, Ignacio Ramírez e Ignacio Luis Vallarta. Para mayor detalle sobre este Congreso Constituyente de 1856-1857.

*No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria.*⁵⁵

La defensa de los señores Mariano Arizcorreta, José María Mata⁵⁶ y Guillermo Prieto,⁵⁷ junto a los redactores del proyecto constituyente, defendieron la inclusión de la prohibición de monopolios y únicamente hicieron algunas acotaciones a dicha prohibición, si bien entró a debate que quizás no era prudente en técnica legal poner las exclusiones a rango constitucional, al artículo quedó aprobado, principalmente, por las razones siguientes:

Sr. Arizcorreta, respetando las ideas patrióticas de la comisión, creo que no son de aprobarse en los términos en que se emiten en el artículo. Le parece que hay ciertos monopolios morales, reconocidos por la comisión en los artículos 17 y 18 al hablar privilegios y de títulos profesionales.

⁵⁵ Respecto a los estancos, en un principio se llama así a los locales comerciales que venden tabaco, ya que se requería un permiso especial para ser vendedor de Tabaco, esto como una medida de la Corona Española para captar recursos. Idea que retoman del monopolio que Pedro El Grande, de Rusia, formó en su nación. Posteriormente, la Corona Española creó más «estancos» como el de la sal, la pólvora, los naipes, etc. Para más información puede consultarse la obra de Arcila Farías, Eduardo. *Reformas económicas del siglo XVIII en Nueva España: Ideas económicas, comercio y régimen de comercio libre*. México, Secretaría de Educación Pública, 1974, Volumen I y II.

⁵⁶ José María Mata, 1819-1895, diputado liberal del Congreso Constituyente de 1856-1857, representante ante el gobierno de Estados Unidos de América en 1858. *Diccionario de Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*

⁵⁷ Guillermo Prieto 1818-1897, diputado liberal del Congreso Constituyente y ministro de Hacienda de 1852 a 1853.

Entrando en la cuestión de prohibiciones, conviene en que el comercio libre ha de ser muy benéfico a la democracia; pero teme que en la actualidad origine algunos prejuicios. No es prudente abolir las prohibiciones, el gobierno no se encuentra con las manos atadas.

Teme que la prohibición del artículo origine algunas reclamaciones, pues ha oído decir que la casa de Martínez del Campo tiene concedidos algunos permisos de algodón.

El Sr. Prieto dice que mientras más avanza la discusión del proyecto, mas (sic) se palpa la necesidad de hacer al pueblo grandes beneficios, y le es más grato contribuir con su voto a la consignación de los derechos del hombre.

Traza en seguida con vivos colores la historia del sistema económico del gobierno colonial que se fundaba en la explotación del hombre por el hombre. Cita oportunamente la autoridad de Abad y Queipo, y describe todos los males que causó en México el mal reparto de las tierras entre blancos e indígenas.

Hace la historia de los monopolios en Francia y en España.

Pasa después a ocuparse de nuestro sistema financiero y se declara abiertamente en contra de las alcabalas que tantos males causaron al comercio interior en la última época de la federación.

La cuestión de monopolios es tan grave que, para librar al pueblo de vejaciones fiscales, debe ser resulta por la Constitución. Se ocupa después de lo que ha sido nuestra industria y refiere toda la historia de los permisos de algodón.

Defiende vigorosamente el artículo y termina pidiendo excepciones en favor de la casa de moneda y del correo y la completa supresión de las alcabalas.

(...)

El Sr. Mata defiende el artículo como el gran principio económico que ha de salvar a este país y lo ha de poner en el camino de su prosperidad.

Se ocupa de algunas ojecciones del Sr. Arizcorreta; cree que los legisladores no tienen que ocuparse de los monopolios de hecho y sí los de derecho. No pasa por que sean monopolios los títulos profesionales que aseguren el ejercicio de una facultad. Tampoco cree que merecen el nombre de monopolios los privilegios exclusivos que por tiempo determinado se conceden a los inventores como premio al trabajo y al talento.⁵⁸

La versión aprobada del artículo, que pasó a su numeral actual, quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la Industrial. 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 alguna mejora.

Algo a resaltar de la prohibición de monopolios, es la afirmación de José María Mata «los legisladores no tienen que ocuparse de los monopolios de hecho y sí los de derecho», estamento acorde con el principios de la política de competencia económica, donde la autoridad no debe intervenir en todos los casos que se presente un monopolio, sino que, su actuación debe realizarse únicamente cuando las leyes generan distorsiones en el mercado que propician la formación de monopolios, en contraste con aquellos monopolios

⁵⁸ Zarco, Francisco. *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857. Tomo II, Imprenta de Ignacio Cumplido, México 1857, p. 147 – 149.*

naturales, que resultan ser más eficientes que otras estructuras de mercado.⁵⁹ La redacción del artículo llega a sorprender como novedosa⁶⁰ si se considera que el Constituyente en México de 1856-1857 estableció una política de combate a los monopolios anterior a la emisión de la Sherman Act, de 1890.⁶¹

⁵⁹ Por monopolio natural se entiende que la estructura de mercado resulta ser más eficiente tener un único proveedor del bien o servicio, y no un mercado con alto nivel de competencia. Un monopolio natural se da cuando en un mercado los costes de producción son menores cuando el mercado se atiende por una única empresa de gran tamaño, en lugar de varias de menor tamaño; la tecnología presenta economías de escala, o en empresas multiproducto, los costes son menores para la gama que para una única línea (subaditividad de costos), y la importancia del tamaño o volumen de mercado: Relación entre la demanda y la dimensión mínima eficiente. Un ejemplo de esto es la industria de transporte de electricidad. Monopolio Natural y Teoría de la Regulación, Economía de la Competencia, Cátedra Jean Monnet de Economía Industrial Europea, disponible en: http://www.gcd.udc.es/subido/catedra/presentaciones/economia_competencia_ii/monopolio_natural_y_teor%C3%ADa_de_la_regulacion.pdf Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

⁶⁰ Roldán Xopa, José; Mena Labarthe, Carlos. COMPETENCIA ECONÓMICA, Estudios de Derecho, Economía y Política. Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2007. Página 29

⁶¹ Vale la pena resaltar el principio de igualdad y libertad, que se manifestó en la exposición de motivos de la Constitución de 1857, y que fue redactado por Zarco: «La igualdad será de hoy más la gran ley en la República. No habrá más mérito que el de las virtudes; no manchará el territorio nacional la esclavitud, oprobio de la historia humana; el domicilio será sagrado; la propiedad inviolable; el trabajo y la industria libres; la manifestación del pensamiento sin más trabas que el respeto a la moral, a la paz pública y a la vida privada; el tránsito, el movimiento, sin dificultades; el comercio, la agricultura, sin obstáculos; los negocios del Estado examinados por los ciudadanos todos. No habrá leyes retroactivas, ni monopolios, ni prisiones arbitrarias, ni jueces especiales, ni confiscación de bienes, ni penas infamantes, ni se pagará por la justicia, ni se violará la correspondencia, y en México, para su gloria ante Dios y ante el mundo, será una verdadera práctica la inviolabilidad de la vida humana, luego que con el sistema penitenciario pueda alcanzarse el arrepentimiento y la rehabilitación moral del hombre que el crimen extravía.» Zarco, p. 958.

CONSTITUCIÓN DE 1917

El México revolucionario, al igual que el postindependiente, contenía una sociedad molesta con la existencia de los privilegios y los monopolios, sentimiento que se puede constatar en la discusión de varios artículos constitucionales:

Respecto al artículo 27 Constitucional:⁶²

(...) Con estas reformas al artículo 27, con la que se consulta para el artículo 28 a fin de combatir eficazmente los monopolios y asegurar en todos los ramos de la actividad humana la libre concurrencia, la que es indispensable para asegurar la vida y desarrollo de los pueblos (...)

Del Artículo 5º Constitucional:⁶³

El artículo del proyecto contiene dos innovaciones: una se refiere a prohibir en que el hombre renuncia, temporal o permanentemente, a ejercer determinada profesión, industria o comercio. Esta reforma se justifica por el interés que tiene la sociedad de combatir el monopolio, abriendo ancho campo a la competencia. (...)

Como se aprecia de estos dos extractos, el artículo 27 Constitucional,⁶⁴ referente al régimen de propiedad imperante en la nación mexicana, y el artículo 5º Constitucional,

⁶² Diario de los debates del Congreso Constituyente. Periodo Único. Querétaro, 1º de diciembre de 1916. Tomo I.- Número 12, página 265.

⁶³ Diario de los debates del Congreso Constituyente. Periodo Único Querétaro, 12 de diciembre de 1916 Tomo I.- Número 23, página 396.

⁶⁴ Cabe destacar que con la nueva redacción del artículo 27 Constitucional, México se manifestó como un Estado Social de Derecho. Quiroz Acosta, Enrique. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2002. Página 337.

continente de la libertad de trabajo, tienen como uno de sus causas el combate a la alta concentración de los mercados, motivo de disgusto para los diputados constituyentes.

Este descontento en contra de los monopolios y la alta concentración de los mercados justifica, retomando las ideas liberales del constituyente de 1856-1857, la inclusión de política económica del Estado como garantía constitucional, para que, de esta forma, la libertad y libre desarrollo de los mercados en condiciones de libre competencia fuera no solo un objetivo en la planeación económica de México, sino reforzado como un derecho al que todo sujeto puede acceder, en consecuencia, la obligación del Estado mexicano de otorgarlo.

El 10 de enero de 1917, se presentó el dictamen del artículo 28 Constitucional, en los siguientes términos:⁶⁵

El artículo 28 del proyecto de reformas, especifica con toda claridad la prohibición relativa a todo lo que significa monopolio; comprende que esto es odioso en un país como el nuestro, en el que debe dejarse el mayor campo de libertad posible al comercio y a la industria, y solamente como medida de orden y para garantizar debidamente los derechos tanto de las personas como de la nación misma, se reserva a ésta los relativos a la acuñación de moneda, correos, telégrafos y radiotelegrafía, y a los autores y artistas el privilegio de reproducir sus obras por determinado tiempo. También concede el mismo privilegio a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, pero exclusivamente para el uso de sus inventos.

En el mismo proyecto se indica que con toda severidad castigará la ley la concentración que se pretenda hacer en una o pocas manos de los artículos de consumo necesario, con objeto

⁶⁵ Diario de debates del Congreso Constituyente. Periodo Único, Querétaro, 12 de enero de 1917 Tomo II.- Número 52. 39ª sesión ordinaria celebrada en el teatro Iturbide la tarde del viernes 12 de enero de 1917, página 237.

de alcanzar el alza inmoderada de los precios. Continúa el citado artículo prohibiendo todo lo que tienda de una manera palmaria a establecer monopolio en nuestro país o a conceder una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con grave perjuicio del público en general o determinada clase social.

La Comisión, comprendiendo el amplio y liberal espíritu del precepto indicado, lo acepta en todos sus términos y pasa a estudiar desde luego las iniciativas que se han presentado referentes a este artículo, con el objeto de adicionarlo si algunas de dichas iniciativas comprendiesen puntos de vital importancia para los intereses nacionales.

El artículo aprobado en la Constitución de 1917, quedó redactado de la siguiente forma:⁶⁶

Artículo 28. En la República Mexicana no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria, exceptuando únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos, radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco, que controlará el Gobierno federal, y a los privilegios que, por determinado tiempo, se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, para el uso exclusivo de sus inventos.

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, con el objeto de obtener alza en los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio o servicios

⁶⁶ Aprobado con 120 votos a favor y 52 en contra. Diario de los debates del Congreso Constituyente. Periodo Único, Querétaro 17 de enero de 1917, Tomo II.- número 59, página 402.

al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productos, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio para evitar 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 determinada clase social.

No constituyen monopolio las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses

Tampoco constituyen monopolio las asociaciones o sociedades cooperativas de productores, para que, en defensa de sus intereses o 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 y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la 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 las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Esta redacción es más cercana al artículo 28 contemporáneo y, como se aprecia por medio del primer párrafo, se recogen las ideas liberales de la Constitución de 1857, añadiendo, quizás, un carácter más práctico al artículo con la disposición de obligar a las autoridades a actuar frente a las prohibiciones del párrafo segundo del artículo, esto considerando las

críticas a la Constitución de 1857 que en su redacción era más idealista y no aterrizzaba las ideas al contexto mexicano.⁶⁷

El artículo presentó algunas innovaciones, como la creación de un banco único emisor de moneda, propuesta del entonces Secretario de Hacienda, y la exclusión de las prohibiciones del artículo 28 Constitucional a las asociaciones de trabajadores,⁶⁸ así como las

⁶⁷ En palabras del historiador Daniel Cosío Villegas: «La Constitución de 57 fue la obra de “un grupo de lectores de libros europeos” que nos dieron “símbolos de fe humanitaria, profundamente sonoros y huecos”, en lugar de poner “poder central vigoroso” y de un conjunto de “intereses y derechos sólidamente garantizados”. El liberalismo que la dictó se pagaba más de “un periodo rotundo que de una de esas llanas y positivas verdades con las cuales se tropieza uno a cada instante por andar mirando al cielo”. La Constitución de 57 fue “una generosa utopía liberal”, tachonada de principios, sueño y teorías; pero pasar de ese “bello poema” a la realidad mexicana es “como bajar del cielo a la tierra”. En otras ocasiones, la Constitución proclama principios que son “vanas palabras, hinchadas por el humo de la declamación y del sofisma desvergonzado”». Cosío Villegas, Daniel. La Constitución de 1857 y sus críticos (selección). Primera edición, 2014, página 34-35.

⁶⁸ Es de resaltarse la participación de Jorge Von Versen, representante de Coahuila, quien propuso la exclusión de los trabajadores a la prohibición del artículo 28 Constitucional, a manera de ejemplo se cita parte de su discurso: «(...) Si los mineros ven, por ejemplo, una oportunidad para reclamar el alza de los precios y como hay escasos yacimientos de carbón en la República, se paralizan los servicios públicos como son los de los ferrocarriles, por la falta del carbón de piedra. ¿La ley va a autorizar que se proceda enérgicamente contra los obreros que producen el carbón de piedra? ¿con qué derecho? También los obreros tienen el derecho absoluto, innegable de hacer uso de la oferta y de la demanda cuando se necesitan sus brazos cuando se necesitan sus fuerzas (...)». Diario de los debates del Congreso Constituyente. Periodo Único, Querétaro, 16 de enero de 1917, Tomo II.- número 58, 45ª sesión ordinaria, página 363. Igualmente, Emilio Múgica esta exclusión de las asociaciones de trabajadores a la legislación antimonopolio surge como inspiración de la Clayton Act de 1914. González Oropeza, Manuel. Constitución Política Mexicana Comentada, Artículo 28, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1807/30.pdf> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

asociaciones de productores que venden directamente al extranjero, a propuesta de la delegación de Yucatán.⁶⁹

EL PROTECCIONISMO

Para los primeros años de la Constitución de 1917, se puede apreciar que el poder judicial, por medio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), siguió al pie las ideas liberales que encausaron la disposición del artículo 28 Constitucional, como consta en el criterio judicial:⁷⁰

***Monopolios.** Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara al monopolio, 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 o indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; de manea que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores, el decreto de 30 de agosto de 1927, que establece la bonificación del impuesto 13%, en favor de los industriales que acepten las tarifas de la convención industria obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional.*

⁶⁹ La delegación de Yucatán buscaba que se respetara la asociación de productores de henequén que ya existía y le reportaba ingresos substanciales a su comunidad.

⁷⁰ Pleno. Quinta Época. *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XXIV, página 499, R: 280607. Como anotación, este criterio ya cuenta con tres sentencias en el mismo sentido.

Como se puede apreciar, en esta resolución se calificó por primera vez que determinados actos o hechos que evita o intenta evitar la libre concurrencia. Esta interpretación constitucional puede calificar como uno de los primeros esbozos en considerar a las prácticas monopólicas como objeto de prohibición del artículo 28 Constitucional. Así, podemos apreciar que las primeras interpretaciones del poder judicial fueron muy acordes a las ideas liberales de la Constitución de 1857, como se aprecia en emitido en el amparo 501/33, del 18 de agosto de 1933, de la Segunda Sala:

***REGLAMENTO DE LA INDUSTRIA DEL PAN.** La negativa del permiso que solicitó la quejosa para explotar una panadería, en virtud de existir otra fábrica de pan a distancia menor de 300 metros, se encuentra comprendida en las prohibiciones que contiene el artículo 28 de la Constitución, porque mediante ella se impide la competencia en el comercio de un artículo de primera necesidad y se favorece así un monopolio; y el Reglamento de la Industria del Pan en el Distrito Federal, y el artículo 50., del decreto de 19 de septiembre de 1932, que lo modificó, son contrarios al precepto constitucional aludido, porque prácticamente aseguran el monopolio del comercio de que se trata, en favor de quien ya tiene establecida una panadería, dentro del radio de acción de 300 metros, a que se refiere dicho artículo 50., al impedir que se establezca otra dentro de ese mismo radio.*

Y también de la Quinta Época:

***REGLAMENTOS QUE FIJAN DISTANCIAS.** El reglamento que fija las distancias es inconstitucional, porque de hecho impide al individuo que se dedique al comercio o industria que le acomode, ya que al impedirse ejercer sus actividades dentro de determinada zona comercial, y relegarlo a otras que no tengan estas características, realmente se le pone en*

condiciones de que no sea productivo el ejercicio de ese comercio o industria, sin que esto redunde en bien de la comunidad, que lejos de obtener beneficios de que un número limitado de personas sean las únicas que con exclusividad puedan usufructuar determinados ramos del comercio o de la industria, se perjudica con ello por los abusos que estos privilegios inevitablemente traen consigo. Y al contrario, el beneficio social dimana de una libre concurrencia, al amparo de la ley, debiendo el Estado evitar todas aquellas maniobras ilícitas del capitalismo que tiendan a burlar el precepto constitucional y a consolidar monopolios. Esos reglamentos restringen la libertad de comercio consagrada por los artículos 40. y 28 constitucionales; y ya no se está en presencia de simples medidas de policía y de buen gobierno, de acuerdo con el concepto que se tiene de estas disposiciones, sino que se está legislando en materia de comercio, con lo que la autoridad administrativa rebasa los límites de la facultad que le concede el artículo 21 de la Constitución e invade las funciones propias del Poder Legislativo. Las disposiciones en materia de comercio, o bien se establecen a través del Código de Comercio de acuerdo con la fracción X del artículo 73 de la Constitución o bien se establecen con leyes reglamentarias del artículo 28 constitucional. Este artículo no puede ser reglamentado por medio de un reglamento expedido por el Ejecutivo, sino por una ley, y esta ley sólo puede ser expedida por el Congreso de la Unión.

No obstante, podemos notar un cambio radical en los años siguientes, donde en lugar de pensar en eficiencias de mercado, el poder judicial interpreta el artículo 28 Constitucional en un sentido más social, en contraposición de liberal, determinando que la prohibición de monopolios sólo se prohíbe cuando no respaldada por el gobierno. Estas ideas se pueden apreciar en el criterio judicial de la Quinta Época, Tomo XLV, página 1978, registro 335243:

COMERCIO, DERECHO DEL ESTADO PARA ESTABLECER LIMITACIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA. Para establecer si el Estado puede, de acuerdo con la Constitución, poner limitaciones a la libre concurrencia, hay que estudiar si dicha Constitución autoriza al Estado para dirigir la economía del país y defender los derechos de la sociedad, en contra de las maniobras de los industriales y comerciantes, o si está obligado a permanecer inactivo en estos casos, de acuerdo con el principio de la libre concurrencia. El lema de la doctrina económica sostenida por la escuela liberal de “dejar hacer”, prohíbe al Estado toda intervención en la industria y el comercio, y a eso se llama libre concurrencia; esta extrema libertad conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales, en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general, lo cual ha traído como consecuencia el enorme desnivel económico y el desproporcionado reparto de la riqueza que se nota en las sociedades actuales. La Constitución de 1917 vino a destruir los principios básicos de la escuela liberal y a sostener teorías contrarias a esa doctrina, como las contenidas en los artículos 27 y 123; así pues, no es lógico ni congruente sostener que el mismo cuerpo de leyes que niega y destruye los postulados de la doctrina liberal, acepte, en su artículo 28, en toda su extensión, el más individualista de todos los principios liberales, o sea, la libre concurrencia, interpretada en el sentido de prohibición absoluta al Estado para intervenir en la vida económica del país. El origen netamente liberal de los derechos que garantiza el artículo 28 constitucional, puede conducir erróneamente a la conclusión de que en materia de comercio, la Constitución sostiene el principio de “dejar hacer”; pero por la forma en que está redactado dicho precepto, se entiende que más que garantizar a los individuos en particular, trata de proteger a la sociedad y a los derechos de la colectividad, y que en vez de impedir la intervención del Estado, la exige, pues en su segundo párrafo dice textualmente: “En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los

precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; todo acuerdo con fines de cualquier manera que se haga, de productos, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social". Para cumplir con el deber que el artículo 28 impone a las autoridades, fueron promulgadas las leyes orgánicas y reglamentaria del citado artículo 28 y de acuerdo con sus preceptos, se hizo el reglamento de la industria del pan; por consecuencia, la aplicación del decreto que fijó el requisito de distancia que debe mediar de una a otra, no es violatoria de garantía individual alguna.

Cuando en un principio, como se vió en las discusiones del Constituyente de 1917, se velaba por una libre concurrencia, como materialización de la libertad en su ámbito de trabajo u ocupación, en este criterio encontramos el contraste de la intervención del Estado para garantizar una libre concurrencia como un derecho que tienen los industriales para no ser desplazados del mercado, marcando límites territoriales en la panaderías.

Este cambio de paradigma obedece al proteccionismo que los gobiernos posteriores a la revolución plantearon para el país, así tenemos que de los años 1920-1992,⁷¹ el país poco a poco fue dejando un lado las ideas de velar por eficiencias de mercado y más por cuidar o procurar una “sana competencia”, esto, sumado a la idea de generar campeones

⁷¹ Otro punto relevante es que en México, en el año 1923, Álvaro Obregón autoriza la primera estación radiodifusora, siendo la estación CYL.

nacionales y limitar la presión competitiva de las empresas extranjeras propiciando una cultura muy paternalista, bajo la premisa de alcanzar una justicia social.⁷²

Independiente de lo anterior, podemos encontrar que la legislación de competencia del artículo 28 Constitucional contemplaba ya algunas figuras propias de la LFCE, pero con ligeras variaciones en sus nombres. Así, en lugar de prácticas monopólicas absolutas teníamos actos o hechos que se consideran monopolios, que sería el equivalente a las prácticas monopólicas absolutas, y actos que tienden a formar monopolios, el equivalente actual a las prácticas monopólicas relativas.⁷³

REFORMAS SALINISTAS

La economía mexicana tuvo importantes avances durante el siglo XX, comenzando como una economía enfocada en el sector primaria y que llegó a convertirse en una de las 20 economías más importantes del mundo. Un camino que no ha sido sencillo si se toma en cuenta los serios problemas que enfrentó el país con una inflación descontrolada que, por poner un ejemplo, a finales de 1982 se registró una inflación del 100%, altos déficits fiscales y una dependencia de las rentas petroleras para sostener el alto gasto en programas sociales.⁷⁴

⁷² Anaya Ayala, Jorge A.; Ruiz Torres, Eugenio; Trejo Guzmán, Ricardo V., “Evolución del Derecho de la Competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 126 México, 2009.

⁷³ Al final del presente trabajo, como Anexo 1, se expone un cuadro comparativo con las figuras más representativas de la legislación reglamentaria del artículo 28 Constitucional. En ella podemos apreciar la definición de monopolio y estanco, excepciones legales a la prohibición de monopolio, los actos o hechos que se consideran monopolio, actos o hechos que tienden a formar monopolios y los productos que se consideraron de consumo necesario.

⁷⁴ OECD (1992), *OECD Economic Surveys: Mexico 1992*, OECD Publishing, Paris.

Para enfrentar estos problemas que generaron un aumento en los índices de pobreza en México,⁷⁵ el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, presenta una reforma al Estado mexicano, donde uno de los ejes relevantes era generar condiciones de competencia en los mercados, para así impulsar la productividad del país, lo cual puede cotrarrestar los altos índices de desigualdad y pobreza, convirtiendo a los empresarios en «inversionista capitalista y no como un simple usurero, protegido por el Estado para ganar en situaciones de baj[a] o nula competencia».⁷⁶

Dentro de las reformas que presentaba Salinas, se buscaba abrir el mercado mexicano al exterior, generar competencia por parte de empresas extranjeras, por medio del Tratado de Libre Comercio de America del Norte, así como diseñar la nueva política de competencia, expresada en la Ley Federal de Competencia Económica de 1992.

De esta forma, en la exposición de motivos de la LFCE de 1992, Salinas hace hincapie en los perjuicios sociales que existe en un mercado monopolizado, en contraste con las ventajas de que un país impulse la libre competencia en sus mercados, menciona la

⁷⁵ La pobreza, desde una perspectiva económica, genera distintos problemas, citando a Alejandro Favela: «[los] pobres tienen que ser subsidiados de alguna manera, lo cual cuesta. Segundo, esos pobres no están produciendo, lo que potencialmente podrían producir, lo cual es un desperdicio. Tercero, son un mercado potencial de 40 millones no explotados en toda su capacidad de consumo. Cuarto, la marginación puede operar problemas de disfunciones sociales como problemas de seguridad pública, desde la violencia urbana hasta narcotráfico y problemas de salud pública, lo cual para ser paliado requiere recursos públicos. Quinto, la pobreza puede estimar fenómenos de desestabilidad social. En suma, la pobreza, cuando adquiere la magnitud que la crisis de los ochenta que asumió México, cuesta más conservarla que combatir aspectos esenciales que la generan y hacen prosperar.» Favela, A. (1992). *El gobierno salinista y la reforma del Estado. Estudios Políticos*, (9) página 61.

⁷⁶ *Ídem*, p. 58.

prioridad de su gestión de dar un cambio radical a la política económica mexicana, la cual considera insostenible entre sus contemporáneos,⁷⁷ por lo que, para impulsar el desarrollo de la nación, el objetivo de la LFCE de 1992 es promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas, esto traería como consecuencia competencia en los mercados que traen aparejada menores costos de producción, nuevos productos, mayores servicios y menores precios.⁷⁸

El veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Competencia Económica, evento marcado como hito en la política de competencia en México y que marca el calloso camino de la legislación mexicana en materia de libre competencia y competencia económica, así como el inicio de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco), como órgano desconcentrado de la administración pública federal.⁷⁹

⁷⁷ En particular, señala el fracaso de la política de crear «campeones nacionales», que más bien generó empresas con pocos incentivos por competir, lo que implicó la necesidad del gobierno de intervenir con acciones de regulación de precios y salarios para subsanar las ineficiencias productivas de los agentes económicos.

⁷⁸ Exposición de motivos para la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica, suscrita por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, firmada el 25 de noviembre de 1992, en el Palacio Nacional. *Procesos Legislativos, México, D.F.*, a 26 de noviembre de 1992. Disponible en página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la dirección: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=s6n2if7Uv7A+Z8I0w3ky6auk7Kxp/Zf9U/gMjn61m-QWAELezvhrhWgBixGSIU+qM1nl7AAzv3A90Tqjc38fdaw==>

⁷⁹ Es de resaltarse el reconocimiento que da la OECD a la LFCE de 1992, señalándola como una de las normativas de competencia apegada a las mejores prácticas internacionales entre los países miembros de la OECD. *Mexico Survey 2004* página 95.

FORTALECIMIENTO DE LA COFECO

Como consecuencia de las políticas salinistas, podemos resaltar la gran privatización de empresas estatales, ya que de poseer el estado 1,155, pasó a tener menos de 200.⁸⁰ Así, detona una nueva política económica en México, dando prioridad al actuar de los particulares y la no intromisión del Estado mexicano en la organización industrial de los mercados por medio de control de empresas.

En este panorama, la Cofeco fue desarrollando sus primeras actuaciones como ente especializado en la materia y podemos ver sus primeras actuaciones en los mercados de franquicias petroleras, operaciones con tarjetas de crédito, subastas de valores gubernamentales y servicios de tintorería, donde sancionó a las empresas involucradas en las prácticas monopólicas.⁸¹

Posteriormente, la Cofeco ganó reconocimiento en cuanto a su nivel técnico e independencia, aunque se encontró con grandes retos a vencer, entre lo que podemos mencionar la dilación de sus procedimientos por medio del amparo⁸² y problemas para detectar prácticas, así como un gran número de concentraciones que quizás no sería necesaria la revisión del órgano regulador antimonopolios.⁸³

⁸⁰ México OECD, survey 1995, p. 79.

⁸¹ México Survey 1995, página 84.

⁸² Mexico Survey 2004.

⁸³ Diego-Fernández, Mateo. *Brevísima Explicación y Análisis de las Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica de México*. Revista de Derecho Económico Internacional, Vol. 1, No 1. ITAM, disponible en: http://dei.itam.mx/archivos/REFORMAS_A_LA_LEY_DE_COMPETENCIA_ECONOMICA_DE_MEXICO.pdf Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

Por lo anterior, surgen una serie de reformas en 2006, donde aumentó el monto máximo de las sanciones, con la idea que mayor persuasión, aumentó el número de conductas que pueden considerarse prácticas monopólicas relativas, se mejoraron las facultades de investigación, al modificar las visitas de verificación y hacerlas similar a lo que la doctrina llama dawn-raid y se crea el programa de inmunidad, que tuvo mucho éxito en los EE. UU.⁸⁴ Tiempo después, en el año 2011, entró una nueva reforma a la Ley Federal de Competencia donde los sanciones ya ascendían hasta el 10% de los ingresos del agente económico.⁸⁵

AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL

Más tarde, con el desenvolvimiento de la Cofeco, se decidió, con base en recomendaciones de la OECD,⁸⁶ que la autoridad de competencia obtuviera mayor autonomía, por lo que se creó la Comisión Federal de Competencia Económica, como órgano constitucional autónomo,⁸⁷ a partir de las reformas de Pacto por México,⁸⁸ al mismo tiempo que la Cofeco pierde jurisdicción sobre temas de telecomunicaciones, para entregárselas al Instituto Federal de Telecomunicaciones.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ OECD. *Estudios socioeconómicos de la OCDE: México 2013*, OCDE 2013. Página 23.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Debe considerarse las ventajas que implica ser un órgano constitucional autónomo respecto al escrutinio judicial que son objeto, es decir, sus decisiones de política pública no pueden ser revisadas en cuanto a su idoneidad o eficiencia, análisis duro de la materia, sino únicamente respecto a cuestiones de legalidad y constitucionalidad, que esta será gradual dependiendo del organismo público en cuestión. Véase la tesis: I.2o.A.E.27 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, 20 de mayo de 2016.

⁸⁸ Nombre que se le dio a una serie de acuerdos celebrados por el presidente Enrique Peña Nieto, junto con los tres partidos más fuertes del 2012: Partido de Acción Nacional, Partido Revolucionario Institucional y el Partido de la Revolución Democrática. Véase la siguiente dirección web: <http://pactopormexico.org/quienes/>. Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

Otra de los cambios relevantes es la creación de tribunales especializados en competencia económica, esto porque la CFC en su momento tuvo grandes problemas para hacer efectiva la política de competencia, dado que los asuntos de esta institución eran tramitados en tribunales que ya se encontraban saturados en cargas de trabajo, lo que generaba una dilación innecesaria en resolver la legalidad de las resoluciones de la CFC.

Junto a la creación de los tribunales especializados en competencia, se reformó la Constitución para dar cabida a lo que es hoy la fracción VII, del párrafo 20, del artículo 28 Constitucional, que limita la revisión jurisdiccional de los actos de la Cofece, dejando como única vía procedente el amparo indirecto en contra de la resolución final y la suspensión solo procede contra multas y desincorporación de activos.^{89,90}

Existen, conforme a la calidad de sus actores, dos formas de impulsar el desarrollo de la política de competencia, una donde los particulares son los promotores de la aplicación de la ley, lo que se llama en la teoría como private enforcement of law, y cuando el Estado, por medio de sus instituciones, es la encargada de la vigilancia del cumplimiento de la ley, lo que se llama public enforcement of law.

A. PUBLIC ENFORCEMENT. EL PAPEL DE LA COFECE

⁸⁹ La OCDE, emitió varias recomendaciones a México respecto a hacer más eficiente su sistema jurídico, en especial, fortalecer y dar mayor celeridad a las actuaciones de la CFC, ya que durante varios años esta institución no pudo hacer frente a los gigantes de telecomunicaciones, en especial al Telmex, dado que las actuaciones de investigación y del procedimiento se dilataban en exceso ante un uso desmedido del amparo.

⁹⁰ Por otro lado, esta autonomía le ha costado a la Comisión que los tribunales comiencen a exigir un estándar mayor y similar a la materia penal en sus investigaciones, lo que se puede denotar en los criterios judiciales sobre el secreto profesional de abogado-cliente. Para abundar más sobre el secreto de abogado cliente se recomienda consultar Pacheco Pulido, Guillermo. *EL SECRETO EN LA VIDA JURIDICA*. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2002.

Cuando el Estado es el encargado de promover la aplicación de la ley, obedece, generalmente, a ciertas ventajas en la estructura del sistema jurídico a favor de los entes públicos, como puede ser el uso de la fuerza pública o emitir órdenes a particulares que su incumplimiento puede generar sanciones económicas. Así, hay ciertos hechos que es más fácil encargarlo a un ente público, dado que la vigilancia de los actos de las personas puede requerir un tercero ajeno que tenga las capacidades técnicas, financieras y políticas para hacer frente a distintos sujetos de derecho que podrían, dado su poder en alguno de los tres rubros mencionados, quedar en ventaja sobre aquellas personas que quisieran señalarlos ante un órgano jurisdiccional.⁹¹

No en todos los casos es mejor la intervención del Estado, ya que este estaría impedido para velar por intereses particulares, como puede ser el interponer o no una demanda civil. Igualmente, los particulares tendrán mayores beneficios en señalar quién es el sujeto que está incumpliendo las obligaciones que este, por derecho, tiene la facultad de exigirle.⁹²

En conclusión, cuando el interés a velar sea general o social, en el sentido que incumbe e interesa a una comunidad como un derecho o bien difuso, es más práctico encomendar su procuración a una institución pública, también cuando los particulares no tengan la capacidad para hacer velar su interés por cuestiones fácticas que lo someten a una desigualdad insuperable.

⁹¹ Polinsky, A. Mitchell; Shavell, Steven. *The Theory of Public Enforcement of Law*. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts. Estados Unidos, 2005. Disponible en: <http://www.nber.org/papers/w11780.pdf>. Consulta el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

⁹² *Ibid.*

En este orden de ideas, para la política de competencia, en México, existe la Cofece y esta tiene como objetivo garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.⁹³ Para ello la Cofece tiene herramientas preventivas, coactivas y de promoción, para hacer frente a los problemas de mercado que se encuentre en su camino, que podemos encontrar principalmente en el artículo 12 de la Ley Federal de Competencia Económica:

Promocionales

- Pronunciamiento respecto a competencia efectiva o poder sustancial (arts. 12, fracción XI y 96 de la LFCE).
- Emitir opiniones respecto a programas, políticas, proyectos de leyes o reglamentos, cuando se relacionen con competencia económica (art. 12, fracciones XII, XIII, XIV y XV LFCE).
- Emitir opinión Formal, con un posible carácter vinculante (art. 104 a 110 LFCE).
- Promover estudios y divulgación sobre competencia económica (art. 12, fracciones XXI y XXIII)
- Coordinarse con el sector privado y el público, sobre cuestiones de libre competencia (art. 12)

Preventivas

- Análisis de concentraciones de agentes económicos, capital o capacidad productiva (art. 61 LFCE)
- Emitir opiniones, cuando la ley así lo determine, sobre la participación de agentes económicos en licitaciones, concesiones, licencias, venta de acciones de empresas concesionarias, permisos, etc. (art. 98 y 99 LFCE).

⁹³ Artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Correctivas

- Investigación y sanción de prácticas monopólicas (arts. 12, fracción I, y 52 LFCE).
- Investigación y sanción de concentraciones ilícitas (arts. 12, fracción II, 62 y 64).
- Investigación para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia (art. 94).

Garantistas.

- Ejercer acciones colectivas (arts. 12, fracción XXVIII, de la LFCE y 585 del CFPC)

B. PRIVATE ENFORCEMENT. LA IMPORTANCIA DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN LA POLÍTICA DE COM- PETENCIA EN MÉXICO.

El papel de las instituciones como procuradores de la aplicación de la ley y veladores de los bienes jurídicos tutelados, puede encontrar como aliados a los particulares cuando estos, por medio de acciones legales, fungen como elemento que entra en la fórmula de ponderación para la toma de decisiones de cometer una conducta, creando un efecto disuasivo sobre aquellas conductas que no son deseables dentro de una jurisdicción.⁹⁴ Asimismo, el papel de los particulares -private enforcement- puede traer también un desarrollo más ágil o acelerado, dado la gran proliferación de casos, respecto a la madurez jurídica en la interpretación y aplicación de la legislación, en nuestro caso particular, de competencia económica.⁹⁵

También hay que considerar ciertas ventajas que pueden tener los particulares frente a violaciones de la ley, como pueden ser mayor información respecto a los hechos en virtud de la cercanía a estos y mayor certeza jurídica respecto y que los particulares no se encontrarían, en su conjunto, con la limitación presupuestal que suelen tener las autoridades para atender todos los casos o el enfoque en cual se puede acotar el actuar

⁹⁴ Wils, Wouter P.J. *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, *World Competition*, volumen 26, número 3, septiembre 2003, pp. 473-488.

⁹⁵ *Ibid.*

de los funcionarios públicos respecto a determinadas conductas para darle preferencia a otras en virtud de programas de trabajo.⁹⁶

Desde la perspectiva de la política de competencia, debe resaltarse que, como se indica en apartados anteriores, el alcanzar mercados más competitivos genera un beneficio de eficiencia en los mercados, distribución de la riqueza más equitativo, así como el impulso a la productividad e innovación en los mercados. Estos beneficios no únicamente se entorpecen con las actuaciones de los agentes económicos al realizar prácticas monopólicas, también hay que tomar en cuenta cuando las autoridades, ya sea en virtud de sus funciones o extralimitándose en estas, intervienen en los mercados generando distorsiones en los mercados que propician ineficiencias en los mercados, por lo que no podemos dejar de observar otras herramientas para velar el artículo 28 Constitucional, como pueden ser la Ley de Amparo⁹⁷ o la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado.⁹⁸

Otro de los puntos a tomar en cuenta respecto a actuar en la política de reclamación de daños en materia de competencia económica, es, en sentido de justicia, responder al principio de «aquél que cause un daño a otro, está obligado a repararlo». En conclusión, el ejercicio de las acciones de reparación del daño en razón del artículo 28 Constitucional cumple con objetivos particulares como públicos, lo que debe ser un incentivo de los abogados para ejercitar las acciones correspondientes.⁹⁹

⁹⁶ Renda, Andrea, y otros. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: Welfare impact and potential scenarios. Reporte para la Comisión Europea con base en el contrato DGCOMP/2006/A3/012, página 58, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf* Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho

⁹⁷ *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el DOF el dos de abril de dos mil trece.*

⁹⁸ *Publicada en el DOF el treinta y uno de diciembre de 2004.*

⁹⁹ Alcalá Berhouague, Pedro Isaac. *Daños y Perjuicios en Materia de Competencia Económica, ¿Por fin Reclamaremos? El Desafío de la Reclamación de Daños en Competencia Económica, CIDAC, México 2014, pp. 136 a 138.*

CAPÍTULO

3



Teoría del Daño en Materia Mercantil

En capítulos anteriores se analizaron elementos que sustentan actualmente el Derecho de la Competencia en México, ahora, se presenta al lector el análisis de la parte práctica de esta materia, cómo lo relacionamos al mundo del derecho positivo con el objetivo de defender nuestros intereses, cuando estos se relacionen con las normas jurídicas del artículo 28 Constitucional.

Parte fundamental para proteger nuestros intereses en materia de libre competencia y competencia económica, será la acción de responsabilidad, ya sea por la vía civil, mercantil, administrativa o penal, se aborda el tema general de la responsabilidad civil, puesto que esta servirá de base para las demás.

Un tema que debe ser aclarado antes de entrar en temas de posibilidad de existir daño en actos mercantiles, ya sea por los sujetos o el acto mismo. Partimos del principio jurídico «el que causa un daño a otro está obligado a repararlo», así la responsabilidad civil surge a partir de dos hipótesis, cuando la responsabilidad deviene del incumplimiento de obligaciones pactadas entre las partes, se le llama responsabilidad contractual; en cambio,

⁵¹ El papel de las autoridades como garantes del desarrollo eficiente de los mercados en los términos de las políticas de competencia, se entiende como *public enforcement*.

⁵² El papel de los particulares en el combate de violaciones al artículo 28 Constitucional se entenderá como *private enforcement*.

cuando se habla de hechos dañosos, se responde a responsabilidad extracontractual, la cual puede ser subjetiva, si responde a culpa o negligencia, u objetiva, si es innecesario el elemento de culpa.¹⁰⁰

Muchos actos de comercio por agentes económicos derivarán de contratos, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, la prestación de suministro entre otros. Un posible problema ya resulto por la primera sala es si derivado de la existencia de un contrato entre partes, puede haber cabida a responsabilidad extracontractual. En concordancia con lo abordado, la Primera Sala se pronunció al respecto en el Amparo Directo 31/2013:¹⁰¹

Si bien la responsabilidad derivada de la prestación de servicios de hospedaje puede tener un origen contractual, cuando se incumpla alguna cláusula del contrato celebrado entre el prestador del servicio y el huésped, en la prestación de dicho servicio también se puede incurrir en responsabilidad extracontractual.

A lo anterior se le ha denominado en España, «unidad de la responsabilidad civil», siendo irrelevante el tipo de responsabilidad que alegue el afectado, ya que el Tribunal tiene que resolver el caso aplicando las normas que beneficien en mayor medida al afectado. Tal

¹⁰⁰ Ideas que se sustentan en las tesis 1ª. CXXXV/2014 (10ª.), RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 816; 1ª. LII/2014 (10ª.), RESPONSABILIDAD CIVIL. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 683.

¹⁰¹ Amparo Directo 31/2013 sesionado el veintiséis de febrero de dos mil catorce por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

consideración también fue asumida por esta Primera Sala al resolver la Contradicción de Tesis 93/2011. [¹⁰²]

En efecto, la responsabilidad de los prestadores de servicios rebasa los deberes contenidos o derivados de la relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo a la normatividad que rige tales actividades, asimismo siempre tienen el deber genérico de actuar bajo los estándares de diligencia que exige la prestación.

Así, para determinar el tipo de responsabilidad derivada de los daños generados por la prestación de un servicio turístico y/o hotelero, deberá analizarse el hecho generador de la responsabilidad, es decir, si se trató de la transgresión de una cláusula específico del contrato; de normas de orden público que rigen el desempeño de dichas actividades; o bien, del deber genérico de diligencia.

Así, lo ha entendido también el Tribunal Supremo Español, al señalar que: «Hay responsabilidad contractual si se cumple un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos a incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato, siendo en cambio responsabilidad extracontractual cuando, con total independencia de obligaciones de cualquier tipo que existan entre las partes, se produce por violación de deberes generales de conducta».

¹⁰² En esta contradicción de tesis, la Primera Sala argumentó que: «En otras palabras, dichos profesionales pueden tener tanto un deber en concreto, derivado del contrato de prestación de servicios, pero también tienen un deber genérico que va más allá de lo que se pudo pactar en dicho contrato, consistente en observar la diligencia correspondiente a su profesión. Es decir, no pueden quedar comprendidos dentro de la responsabilidad contractual los daños generados al paciente ocasionados por el actuar negligente de los médicos, ya que no puede ser materia de un contrato la afectación indebida a la integridad física, o a la vida, al tratarse de valores indisponibles». Contradicción de tesis 93/2011, sesionada el veintiséis de octubre de dos mil once, pp. 18-19. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2011/4/2_125593_0.doc Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

Desde la perspectiva de la empresa, ahora quejosa los posibles daños generados por el uso del kayak, ocasionan una responsabilidad de tipo contractual ya que la víctima conocía los riesgos derivados de tal actividad, pues en el reglamento para el uso de kayaks, en el punto cuatro textualmente se establece que «El uso de lanchas y kayaks y equipo en general se realiza bajo su completa responsabilidad».

Al respecto, consideramos que dichos elementos no pueden ser alegados como excluyentes de responsabilidad, pues el consentimiento al riesgo como excluyente de responsabilidad, pues el consentimiento al riesgo en el uso del kayak no excluye la responsabilidad de la empresa, pues de [sic] trata de bienes jurídicos indisponibles, como son la integridad física, la salud y la vida.

Por otro lado, hablando del consentimiento en un sentido genérico, puede señalarse que a través de éste es posible autorizar o consentir situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular. Sin embargo, el consentimiento no puede prestarse para la intromisión o lesión de derechos que hayan quedado fuera de la disponibilidad del sujeto, en este sentido el artículo 6º del Código Civil para el Distrito Federal^[103] dispone que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciar los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Así, aun si el huésped acepta los riesgos inherentes al uso de las instalaciones del hotel, pero se determina que el hecho dañoso ocurrió por la negligencia o descuido del hotel, se

¹⁰³ Correlativo al 6º del CCF: «Artículo 6º.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.»

actualiza una responsabilidad de carácter extracontractual, ya que dichos años no pueden ser aceptados mediante contrato de prestación de servicios entre el hotel y el huésped, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, integridad física y en este caso, la vida misma.^[104] [énfasis añadido]

En este orden de ideas, es posible la acción de responsabilidad extracontractual por violaciones al artículo 28 Constitucional, puesto que, al ser disposición de orden público en conjunto con la LFCE,¹⁰⁵ puede llegar a ser irrelevante la existencia de un contrato y las manifestaciones de los contratantes alrededor de este. Para abordar los temas de responsabilidad extracontractual, en el presente capítulo, se expone una breve introducción a la teoría del daño en general y cómo se relaciona con nuestro trabajo respecto a violaciones a la libre concurrencia y competencia económica, pasando por los elementos jurídicos relacionados con el tema, es decir, los conceptos hecho ilícito, daño y nexos causal, y una posible modulación de estos tres conceptos en nuestro tema de libre concurrencia y competencia económica.

¹⁰⁴ Razonamientos que quedaron plasmados en la tesis 1ª. CCXXV/2014 (10ª.), HOSPEDAJE. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ESA ÍNDOLE PUEDE TENER UN ORIGEN TANTO CONTRACTUAL COMO EXTRACONTRACTUAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 452.

¹⁰⁵ La LFCE dispone en su artículo primero que: «Artículo 1. La presente Ley es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de libre concurrencia, competencia económica, monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la República».

El CCF define hecho ilícito en su artículo 1830, el cual dispone que:

Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

El elemento de ir en contra de las leyes de orden público es parte de la implicación del deber de observancia de la ley y lo que da el carácter de la responsabilidad extracontractual.¹⁰⁶ En cuanto a las buenas costumbres no se puede relacionar con las normas culturales que prevalecen en una sociedad y tiempo determinado, sino que deben constreñirse al concepto de moral pública, entendida esta como los intereses básicos y fundamentales sobre lo bueno y lo malo para una sociedad democrática, en sentido contrario, las buenas costumbres de la mayoría pueden ser una herramienta de coacción frente a las minorías, lo cual sería contrario al nuevo paradigma constitucional mexicano de los derechos humanos.¹⁰⁷

Adicionalmente, por expresión de nuestro máximo tribunal, desmenuza la disposición jurídica en cita a través de la tesis aislada 1a. LI/2014 (10a.) argumentando que un hecho ilícito será aquél que reúna tres elementos -antijurídico, culpable y dañosa- en la conducta. Al respecto, se expone la siguiente tabla elaborada conforme al criterio de la Primera Sala:

A. HECHO ILÍCITO

¹⁰⁶ Básicamente se puede reducir en la frase «el que la hace la paga». Azúa Reyes, Sergio T. *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2005. Página 197.

¹⁰⁷ Lo anterior con fundamento en la tesis 1ª. L/2014 (10ª.) *LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN QUE LA «MORAL» O «LAS BUENAS COSTUMBRES», PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 672.*

Hecho Ilícito

Antijurídica

Debe catalogarse como una conducta contraria a Derecho.

Violar una disposición jurídica.

La omisión de cumplir con el deber jurídico de respetar o proteger el derecho ajeno.

Culpable

La conducta no debe tener un sustento jurídico.

No conducirse como es debido a causa de una negligencia o falta de cuidado.

Dañosa

Patrimonial.

Daño es la pérdida o menoscabo actual en el patrimonio de la persona.

Perjuicio es la privación de una ganancia lícita a la que tenía derecho.

Extrapatrimonial.

Pérdida o menoscabo de una persona respecto:

- Integridad física.
- Sentimientos.
- Afecciones.
- Honor o reputación.

El concepto de violar una disposición jurídica se entiende como la acción que va en contra del sistema jurídico, mientras que la negligencia responde a que el responsable no deseaba la realización del perjuicio, pero causa un daño al incumplir una obligación de cuidado a su cargo.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Tesis 1ª. CCLIII/2014 (10ª.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 154.* «NEGLIGENCIA. CONCEPTO Y CASOS EN QUE SE ACTUALIZA. La negligencia se actualiza en aquellos casos en los que el responsable no deseaba la realización del perjuicio, no obstante, causa un daño incumpliendo con una obligación de cuidado a su cargo. Por

El concepto de una culpable se hace referencia a que el menoscabo sufrido por la persona no debe tener una razón de derecho, así, si se determina en una resolución judicial una multa en contra de un particular, esta multa no puede calificarse como hecho ilícito, por encontrarse fundado conforme a las facultades de una autoridad que es competente.

Daño, proveniente del latín *damnum*, hace referencia a efecto resentir el efecto de dañar,² el cual se refiere a causar un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.³ Por lo anterior, podemos afirmar que desde el lenguaje común, para hablar de daño implica necesariamente el actuar de un agente, definición que se refleja en la doctrina jurídica, donde el Diccionario Jurídico Mexicano define daño como «deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.⁴ Así, en los artículo 2108 y 2109 del CCF definen daño y perjuicio como:

Artículo 2108.- Se entiende por daño la pérdida [sic] o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación.

Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

B. DAÑO

tanto, para que exista responsabilidad es necesario que el daño ocasionado esté acompañado de un deber de cuidado del responsable sobre la víctima, sin que dicho deber de diligencia llegue al extremo de exigir actos heroicos de todas las personas; de ahí que la diligencia que debe tenerse en cuenta es la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable. Solamente en aquellos casos en los que el daño extracontractual se produce como consecuencia de la prestación de un servicio, la diligencia que se debe esperar es la de un profesional, es decir, la de una persona que cuenta con las capacidades promedio para ejercer esa profesión.»

Estos dos artículos hablan sobre el daño que puede sufrir una persona en su patrimonio, por lo que faltaría abordar lo que se conoce en la doctrina como daño extrapatrimonial, lo cual el mismo CCF define en su artículo 1916:

Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.
(...)

Teniendo estos dos conceptos **-daño patrimonial y daño extrapatrimonial-**, y para efectos de nuestra materia de competencia económica vale la pena analizar cómo se pueden presentar los daños por violación al artículo 28 Constitucional.

Daños patrimoniales corresponden a la afectación en el patrimonio de las personas por un hecho ilícito vinculado al artículo 28 Constitucional, por ejemplo, la realización de una práctica monopólica absoluta que, al extraer rentas monopólicas de un mercado, transfiere bienestar del consumidor, entendiéndose dinero, a favor de los cartelistas.¹⁰⁹ Por lo anterior, la acreditación y cuantificación puede ser algo fácil de acreditar, en cuanto a su existencia, si se considera que la autoridad de competencia, como parte de sus resolu-

¹⁰⁹ Para ver ejemplos de cómo se acredita este tipo de daño, se sugiere remitirse al primer capítulo, *Conceptos Relevantes, Daño al Mercado.*

ciones, calcula el daño al mercado¹¹⁰ para efectos de imponer su multa, cuya resolución puede servir como base para la ejercer la acción correspondiente.¹¹¹

Respecto al **daño extrapatrimonial**, en materia de competencia económica, pueden entrar aquellos daños a la competencia que por su naturaleza no pueden ser cuantificables en dinero, por ejemplo, cuando los consumidores del bien o servicio no se les traslada un sobre costo o una subida de precios, pero sí se limita su libertad económica de acudir con el proveedor que más les satisfaga, por ejemplo, por medio de una segmentación de mercado.

Esta afirmación se sostiene bajo los considerandos de la Primera Sala, que al resolver el Amparo 30/2013,¹¹² expuso las siguientes consideraciones:¹¹³

Aunque existen diferentes corrientes de opinión en torno al concepto de daño moral, nuestra tradición jurídica se adhiere a aquella que considera que el daño moral se determina por el carácter extra-patrimonial de la afectación; la cual puede tratarse de la lesión a un derecho o a un simple bien o interés no pecuniario.

¹¹⁰ Véase, el artículo 130 de la LFCE «En la imposición de multas se deberán considerar los elementos para determinar la gravedad de la infracción, tales como el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión».

¹¹¹ En particular, se resalta que la contraparte no podrá negar los hechos y únicamente versará la discusión sobre cuestiones de derecho. Ovalle Favela, José. DERECHO PROCESAL CIVIL. Novena Edición, Editorial Oxford, México 2007. Página 78 y 79.

¹¹² Amparo Directo 30/2013, sesionado el veintiséis de febrero de dos mil catorce por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/1/2_153595_2183.doc Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

¹¹³ *Ibid.* pp. 41-42.

La Primera Sala, continuando con el análisis sobre daño moral, expone:¹¹⁴

(...) un acto puede afectar derechos o intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, en el segundo caso estaremos ante un daño moral. Dicho daño en sentido amplio, tiene tanto consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales, las cuales a su vez pueden ser presentes o futuras.

La Corte concluye que, si bien los daños son extrapatrimoniales, estos pueden proyecciones de carácter económico o extraeconómico; tendrán carácter económico aquellas proyecciones que impliquen un gasto para la atención del daño, por ejemplo, el pago de terapias o tratamiento para la impotencia sexual, y tendrán carácter de extraeconómico las afectaciones a los sentimientos, integridad, honor y libertad de una persona que no necesariamente acarrea un gasto económico, pero sí lacera la integridad de la esfera jurídica de una persona. A su vez, pueden catalogarse como daños presentes y futuros, serán presentes cuando el daño existe al momento que el juez dicte su resolución y futuros aquellos que al momento de dictarse la sentencia no existen, pero, son previsibles como un agravio o prolongación de los daños presentes hacia el futuro o como daños nuevos que surgen a partir de hechos presentes.¹¹⁵

En conclusión, respecto a daños extrapatrimoniales, en relación con la materia económica, es argumentable la reclamación de daños por una afectación a la libertad comercial en su carácter de libre competencia y competencia económica, esto con la aclaración que al momento no ha habido un antecedente judicial que respalde esta postura.

¹¹⁴ *Ibid.* P. 47.

¹¹⁵ *Ibid.* Pp. 46-47.

En responsabilidad subjetiva se habla de la figura nexa causal, con la cual se conceptualiza la relación de causalidad suficiente entre un hecho y el daño.¹¹ Esta relación de causalidad entre el hecho y el daño responde la pregunta ¿cómo se atribuye la culpa al sujeto? Lo que nuestro CCF dispone:

Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

El magistrado Tron Petit, expone, citando a Taruffo,¹² que el nexa causal es el conector capaz de asociar dos o más eventos en una relación causa efecto o correspondencia, con la premisa que un nexa causal, por su propia naturaleza, debe ser un hecho cierto, en contraposición de un hecho probable.¹³ Así, Tron destaca dos teorías de causalidad: i) la causalidad adecuada y ii) la imputación objetiva. Citando a Medina:

La teoría de la causalidad adecuada, configurada por el fisiólogo alemán Von Kries, consiste en atribuir fuerza atributiva tan sólo al antecedente causal que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del daño. Esta doctrina, desarrollada después por otros autores, realiza un cálculo de probabilidad o juicio pronóstico retrospectivo (objektive nachträgliche prognose) que, atendiendo a lo que normalmente ocurre, determina si la acción que se juzga habría sido por sí sola capaz de provocar normalmente el resultado dañoso. Prescindiendo aquí de los complejos matices con que se ha desarrollado, puede decirse, en resumen, que, según ella, para condenar al agente dañoso a la reparación no basta que su actuación sea condición necesaria y suficiente del daño; es preciso, además, que tal actuación pueda considerarse normalmente idónea o adecuada, después de un juicio probabilístico que toma en consideración máximas de la experiencia.

C. NEXO CAUSAL

La teoría de la imputación objetiva trata de contener las desmesuradas potencialidades aplicativas de la visión naturalista de Mill y Von Buri, discriminando, con base en criterios y valores normativos, los factores físicos que, pese a identificarse como causantes materiales del daño, no deben reputarse capaces de engendrar responsabilidad; de los factores del mismo tipo que, en cambio, se entiende que deben tener esa capacidad atributiva. Se trata, en definitiva, de una teoría volcada en la localización de las razones o criterios jurídicos que permitan restringir el amplísimo círculo de sujetos que, partiendo de la teoría de la conditio sine qua non, pueden presentarse como responsables del daño.

Abel Rivera, explica tres teorías respecto al nexa causal, la teoría de equivalencia de condiciones, la cual expone que para que la existencia de un hecho, debe haber uno o varios hechos generadores y no debe haber distinción alguna entre la cantidad de sujetos o hechos que concurren; la teoría de la causalidad adecuada, se estima como causa del daño, el hecho o las condiciones que normalmente deben producirlo, quedando que la existencia del daño no sea meramente fortuito o inesperado a partir del hecho,¹⁴ y la teoría de la causalidad como imputación, la cual responde a la pregunta a quién se debe responsabilizar jurídicamente un daño, para esto habrá imputación cuando el hecho, con sus consecuencias sea previsible y dominable.¹¹⁶

Esta visión de nexa causal, si bien cita reconocidas teorías de causalidad, adolece de justificar el derecho y sus conceptos jurídicos indeterminados, desde el derecho o sus fuentes, lo cual genera una sensación de estancamiento en el sistema jurídico y su evolución, ya

¹¹⁶ Rivera Pedroza, J. Abel; *El Desafío de la Reclamación de Daños en Competencia Económica*. Pp. 47-49.

que para solucionar el problema, principalmente, invoca la necesidad de participación del poder legislativo para solventar el problema o esperar algún antecedente judicial que abra las puertas a nuevos mecanismos o a la evolución del sistema jurídico. En resumidas cuentas, se cae en la comodidad de esperar que el sistema jurídico, por medio de sus fuentes, cambie para entonces cambiar o mejorar el sistema. Dicha visión, como se ha planteado en apartados anteriores, es muy distinta de lo que significa ser abogado y denota la negación de ver el derecho como un discurso que evoluciona, entre otras cosas, por medio de las decisiones judiciales.¹¹⁷

Así, siguiendo las ideas del autor Tony Honoré,¹¹⁸ la idea de «causa» no debe avocarse desde y para el derecho, dado lo inevitable que es para el Derecho mismo la conceptualización de causa en el resto de las ciencias sociales, sobre todo en la evolución del paradigma positivista que reina en estas. Así, el Derecho está destinado a considerar y alimentar la doctrina jurídica con los estudios y convenciones científicas sobre lo que debe entenderse como causa, más directamente cuando se intente probar el nexo causal, o sea causalidad, por medio de pruebas científicas.¹¹⁹

¹¹⁷ Por ejemplo, Rivera sostiene la inclusión de causalidad mediata e indirecta en temas de competencia económica, lo cual podría llevar a responsabilizar jurídicamente al abogado que asesoró ineficazmente, en materia de violaciones a la LFCE, por los ilícitos cometidos por su cliente. Situación que rompería con la idea de responsabilizar a los sujetos de derecho por sus méritos

¹¹⁸ Fabra Zamora, Jorge Luis; Rodríguez Blanco, Verónica. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, pp. 1479-1499.

¹¹⁹ No debemos olvidar que al final, el objeto de la prueba es poner en claro en la mente del juez si un determinado suceso o situación se ha producido realmente o, en su caso, si fue en determinada manera. Döhring, Erich. *LA PRUEBA*. Vallarta Ediciones, Argentina 2003. Página 12.

El autor continúa explicando las teorías de causalidad¹²⁰ que han sido retomadas en el Derecho, aclarando que existen las teorías que se enfocan en identificar las condiciones relevantes causales del resultado, esto es, el análisis de las condiciones necesarias o suficientes para causar la muerte de una persona determinada en una ocasión dada, en oposición a las condiciones necesarias y suficientes de la muerte de una persona.¹²¹ El segundo tipo de teoría encuentra su objeto de estudio en la límites de la responsabilidad jurídica, para lo cual los teóricos usan los conceptos de «la causa adecuada» o «la causa próxima» en contraste a «causas remotas, indirectas o legalmente inoperativas». Respecto a estas teorías, vale la pena presentar antecedentes judiciales de nuestro sistema jurídico mexicano.

La SCJN, en el Amparo Directo 30/2013 tramitado ante la Primera Sala, califica que una de las finalidades de la existencia del nexo causal es «...afirmar la responsabilidad en alguno de los casos y negarla en otros... Así las cosas, la responsabilidad supone la atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficiencia causal suficiente para generar el resultado».¹²² Esta eficiencia causal suficiente obedece a buscar como responsable, ante el Derecho, a aquella persona que directamente fue el autor de la acción u omisión del hecho ilícito, así como la relación entre el hecho ilícito y el daño causado, y no en

¹²⁰ Debe considerarse que las teorías de causalidad son sustentadas en metodologías empíricas, de esta manera, nuestra percepción nos indica que hay una sucesión temporal entre dos fenómenos, donde uno genera consecuencias en el otro o es la razón de ser del otro. Hessen, Juan, *TEORÍA DEL CONOCIMIENTO*. Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2003. *La Causalidad, el concepto de causalidad*, Página 80.

¹²¹ *Ibid.* P. 1486

¹²² Amparo Directo 30/2013, Primera Sala, Pág. 81.

sentido opuesto, a cualquier sujeto de derecho que haya intervenido de una u otra forma en el hecho ilícito.¹²³

Lo anterior es compatible con las ideas de Honoré, puesto que la culpa, en sentido jurídico,¹²⁴ no puede ser infinita ni recaer en personas que no tuvieron una conducta reprochable o negligente, así, citando a de responsables hasta llegar a una causa primordial o a atribuir responsabilidad a un sujeto tan alejado del hecho ilícito que no se puede considerar reprochable su conducta. Un ejemplo de la necesidad de imponer límites a la causalidad es, citando el ejemplo de Tony Honoré, no puede atribuírsele responsabilidad

¹²³ Los razonamientos expuestos por la Primera Sala, se plasmaron en la tesis aislada 1a. CCXLIII/2014 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 7, junio de 2014, Tomo I, página 461. «RESPONSABILIDAD SUBJETIVA. PARA QUE SE ACTUALICE ES NECESARIO ACREDITAR EL NEXO CAUSAL. Para que se actualice la responsabilidad subjetiva es necesario que el daño experimentado sea consecuencia de la conducta del agente, de lo contrario, se le impondría responsabilidad a una persona que nada tiene que ver con el daño ocasionado. Ahora bien, el problema causal se presenta de forma especialmente aguda cuando se reconoce o establece que, como es normal en la vida social, todos los hechos, inclusive los dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias; de ahí que el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ésta deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado, porque el origen de la responsabilidad gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso al demandado. Así, dicha responsabilidad supone la atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado».

¹²⁴ Una de las principales diferencias entre la causalidad en el Derecho y en las ciencias duras, es el fin o utilidad que esta presenta para su respectivo campo de estudio. Así, en el Derecho no es relevante, para efectos de un juicio de responsabilidad, todos los actores o causantes del hecho directa o indirectamente, situación contraria a las ciencias duras, donde podemos citar la célebre frase de Carl Sagan «If you wish to make an apple pie from scratch, you must first invent the univers», se puede traducir como «Si quieres hacer un pastel de manzana desde el comienzo, primero tienes que crear un universo» (Cosmos, página 218).

a un médico por la muerte de una persona cuyo crimen ha sido cometido por un niño, que ha nacido por la falla del susodicho médico al prescribirle a la madre un anticonceptivo ineficaz. Así, Honoré afirma que partir de una idea de causalidad en el sentido del determinismo, convierte la culpa y el mérito de una persona a culpa y mérito de todas las personas, ya que directa o indirectamente participaron en la cadena de causalidad de los hechos.

Otro elemento para enlazar causalidad en los hechos es la probabilidad, Honoré menciona que un agente es la causa del hecho sólo si este aumenta significativamente la probabilidad de la existencia del hecho causado y expone los siguientes ejemplos:

...el agente, que, en contra de una prohibición, obstruye un camino de tal manera que el demandante se ve obligado a tomar una ruta peligrosa a lo largo de un canal, cayendo dentro del canal y sufriendo heridas. Por el contrario, alguien que demora a un pasajero de una aeronave en contra de una prohibición y como resultado de la demora, el pasajero se ve obligado a tomar un avión que se estrella, no es la causa de la muerte del pasajero en el accidente aéreo. Por lo menos, sobre la base de la información poseída en el momento, la probabilidad de morir en un accidente aéreo no incrementa sustancialmente por un retraso.

Es dable exponer que, respecto a las teorías de causalidad en el Derecho, la aplicación de una teoría al caso concreto no excluye la aplicación de otra teoría en otro caso concreto de la misma materia, considerando que incluso dependiendo de la materia que se trate, prevalecerá la aplicación de determinadas teorías frente a otras. Razonamiento que puede apreciarse en criterios judiciales recientes, considerando que para la existencia de un nexo causal este debe probarse, por lo que, a partir de las reglas de la prueba, entre ellas las máximas de la experiencia, la relación de causalidad se modulara en cada caso concreto. Un ejemplo de esto es el siguiente criterio judicial:

BULLYING ESCOLAR. ESTÁNDAR PARA ACREDITAR EL NEXO CAUSAL ENTRE LAS CONDUCTAS Y EL DAÑO CAUSADO A UN MENOR. Para que se acredite responsabilidad civil por el bullying que sufrió un menor, deberá corroborarse: (1) la existencia del bullying; (2) el daño físico o psicológico; y (3) el nexo causal entre el bullying y el daño. Cuando se demande a la escuela deberá probarse, además, (4) la negligencia del centro escolar. Ahora bien, para demostrar el nexo causal entre la conducta del demandado y el daño causado al actor, es preciso que el daño experimentado sea consecuencia de la conducta del agente. De lo contrario se le estaría imponiendo responsabilidad a una persona que nada tiene que ver con el daño ocasionado. En este sentido, en caso de que se demande responsabilidad por el bullying realizado por alumnos o profesores, deberá probarse el nexo causal entre el acoso escolar y los daños físicos o mentales de la víctima. Por otro lado, se tendrá por acreditada la responsabilidad por negligencia, cuando se muestre que el cumplimiento de sus deberes de cuidado hubiera evitado la afectación a los derechos del menor.¹²⁵

La Primera Sala calificó que se satisface la causalidad del daño por bullying, cuando se acredite que, de haberse actuado con suma diligencia en los deberes de las autoridades y personal del centro de estudios, no se hubiera causado un daño a la víctima. Conclusión compatible con las teorías del control y dominio del hecho para imputar responsabilidad. En este sentido, rescatable es la cita de Rivera a Vázquez Posada «Hay varias teorías sobre el nexo causal, ninguna de ellas ha prevalecido definitivamente sobre las otras; en la

¹²⁵ Tesis 1a. CCCXXXV/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, pág. 955.*

práctica los tribunales aplican una mezcla de todas»,¹²⁶ afirmación que se comparte en este trabajo, pues, como ya se expuso anteriormente, hacer referencia a la causalidad de los hechos y acreditarlos, obedece más a cuestiones epistémicas que retomaremos necesariamente del paradigma de las ciencias duras con una modulación al derecho, respecto a la teoría de la imputación.¹²⁷



¹²⁶ Rivera Pedroza, J. Abel; *El Desafío de la Reclamación de Daños en Competencia Económica*. Pag. 47.

¹²⁷ Citando a Tony Honoré «No hay razón para suponer que el derecho, cuando se envuelve en investigaciones de tipo explicativo, adopta criterios diferentes de la causalidad de aquellos que se usan fuera del derecho, en las ciencias físicas y sociales y en la vida cotidiana. Sin embargo, aún en estos casos, los requerimientos de la prueba pueden llevarnos a una divergencia, por ejemplo, entre lo que médicamente se trate como causa de una enfermedad y lo que cuenta en el derecho como su causa. Con respecto a los usos atributivos de la causa, el hecho de que el derecho deba, al mismo tiempo, prestar atención tanto al significado de los términos, importando criterios causales, y al propósito de las reglas jurídicas y a su estatus moral, hace a la teoría de la causalidad un terreno de debate que en el momento actual no conlleva a un acuerdo general, y probablemente permanezca un campo controvertido ahora y en el futuro» Fabra Zamora, Jorge Luis; Rodríguez Blanco, Verónica. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, pp. 1496.

CAPÍTULO

4



Reclamación de Daños por Violación al Artículo 28 Constitucional

A. ANTECEDENTES

Debo de ser honesto en cuanto a este apartado. En un principio, cuando se desarrolló el tema de capitulado, se publicaron noticias respecto a que el IMSS reclamó daños, no obstante, según el propio sistema de consultas en línea, los asuntos han sido desechados, alegando, principalmente, incumplimiento de la parte actora, es decir, del IMSS.

Por lo anterior, se exponen los problemas argumentativos por los cuales se desechó la demanda por parte del Primer Juzgado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (Primer Juzgado Especializado).

El IMSS ejerció acción indemnizatoria por concepto de los daños que dice le causaron las sociedades demandadas por las conductas en que incurrieron, las que calificó de ilícitas, por lo que les reclamó el pago de diversas cantidades. Del conjunto de acciones emprendidas podemos rescatar el Juicio Ordinario Federal 03/2017, en trámite ante el Juzgado Primero de Distrito Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.

El documento base de dicha acción que exhibió, son las resoluciones de ocho de abril de dos mil quince, emitidas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver los amparos en revisión 453/2012, 624/2012 y 625/2012.

Como hechos base de la acción, se concretó a transcribir parcialmente el contenido de las ejecutorias indicadas, que versan sobre lo actuado en la etapa de investigación, en el procedimiento de probable responsabilidad y en la resolución definitiva emitida por la Comisión Federal de Competencia Económica; lo que se consideró y decidió en cada una de estas etapas.

El organismo demandante sostuvo que, con el contenido de las ejecutorias indicadas, acreditaba la existencia de conductas ilícitas por parte de las codemandadas, consistentes en prácticas monopólicas absolutas, cometidas dolosamente en las licitaciones de los años dos mil tres a dos mil seis, relacionados con medicamentos genéricos intercambiables.

Planteada así la demanda, el diez de enero en curso, se previno a la actora a efecto de que, en el plazo de tres días, computado a partir del siguiente al en que surtiera efectos la notificación de tal requerimiento, realizara lo siguiente:

*“...expresar los hechos en que funda su petición, narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que los demandados puedan producir su contestación y defensa. Lo anterior, toda vez que de la exposición de “Hechos” del escrito de demanda, sólo se advierten transcripciones de las resoluciones emitidas en los amparos en revisión **.”*

Por escrito presentado el diecisiete de los corrientes, en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones y del Centro Auxiliar de la Primera Región, se pretendió desahogar tal prevención.

En el escrito de referencia se advierte que la promovente, lejos de expresar los hechos en que funda su pretensión, esto es, el pago de las diversas cantidades que reclama como indemnización por los daños que dice le causaron las conductas de las codemandadas,

vuelve a presentar escrito de demanda en la que ejerce acción indemnizatoria por los conceptos originalmente planteados y reitera como hechos los mismos que planteó inicialmente, como se demostrará enseguida.

De ahí que quede plenamente demostrado que la promovente no cumplió con la prevención que le fue formulada en proveído de diez de enero del año en curso, puesto que no expuso los hechos relacionados directamente con la acción ejercida ni con las prestaciones reclamadas, esto es, las circunstancias de modo, tiempo y lugar respecto de los daños que dice haber resentido, en qué consistieron, de qué manera le causaron perjuicio, de dónde surge el monto reclamado; elementos necesarios para que las demandadas estuvieran en aptitud de formular adecuadamente su defensa.

Conforme lo anterior, y lamentablemente para el presente trabajo, no se ha podido dar avances significativos a los procedimientos de reclamación de daños por parte del IMSS en contra de las empresas farmacéuticas. Lo anterior en razón que revisando el sistema de seguimiento de casos del CFJ, se aprecia que no ha habido sentencia definitiva al respecto.

B. REPARACIÓN POR LA VÍA ORDINARIA CIVIL Y MERCANTIL

B.1 Procedimiento

En el caso de una transgresión a los derechos de acceso a mercados en condiciones de competencia y libre concurrencia, puede surgir la circunstancia de que la afectación se cause en virtud de actos de entes particulares, en específico, de agentes económicos. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la forma en que los agentes económicos violen el artículo 28 Constitucional será, predominantemente, por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas conforme a la legislación de competencia.

En primer lugar, conforme al artículo 1910 del CCF, nos da la pauta para iniciar la acción correspondiente y, en primer término, delimita quién o quiénes son responsables por la existencia de daños en el patrimonio de las personas. Asimismo, teniendo en cuenta que, dado que la mayoría de los agentes económicos son personas morales, lo más usual es que un postulante no se enfrente a una persona física a la cual exigir la reparación del daño.

Asimismo, resulta relevante que, conforme al artículo 24 de la LGSM, cuando se demande a una sociedad y a sus accionistas, primero responde la sociedad con su patrimonio y, una vez agotado este, entra el patrimonio de los socios demandados en forma subsidiaria. Así, resulta relevante que en el procedimiento se busque la acción tanto en contra del agente económico así como de sus accionistas.

En esta tesitura, la responsabilidad de los agentes económicos deberá fundarse, en los casos que sea procedente, en los artículos 1918¹²⁸, 1924¹²⁹ y 1926¹³⁰, todos del CCF. Dichos artículos establecen las bases para exigir la responsabilidad a los agentes económicos por hechos causados por terceros, ya sean sus empleados o representantes legales.

En paralelo, conforme al artículo 1934 del CCF,¹³¹ la acción para exigir la reparación de los daños prescribe en dos años contados a partir del día en que se hayan causado. Adi-

¹²⁸ CCF, Artículo 1918. *Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.*

¹²⁹ CCF, Artículo 1924. *Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros a dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si se demuestra que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.*

¹³⁰ CCF, Artículo 1926. *En los casos previstos por los artículos 1923, 1924 y 1925 el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este Capítulo.*

¹³¹ CCF, Artículo 1934. *La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.*

cionalmente, debe considerarse que, con base en el artículo 1934 del CCF,¹³² si el daño es causado a una colectividad o grupo de personas, serán aplicables los procedimientos del Libro Quinto del CFPC.

Para contabilizar el lapso en el cual se puede ejercer la acción, se torna relevante analizar en qué momento es aquél en que corre la prescripción. Para lo anterior, se toma en cuenta el momento en que se haya causado el daño. Las conductas se clasifican, conforme a sus efectos, en conductas instantáneas, continuas y continuadas. Las conductas instantáneas se refieren a aquellas que la conducta ilícita se configura en un solo momento; conductas continuas, aquellas que la conducta ilícita inicia a partir de determinado hecho y que sus efectos o actualización, dependen de la voluntad del perpetuador, es decir a partir de una acción u omisión, distinta a la inicial, perpetua el hecho ilícito a través del tiempo; y, por conducta continuada aquella que, a partir de distintos hechos ilícitos atribuibles a una o varias personas, con una unidad de propósito, se causa el daño.

Respecto a la vía, para el caso de violaciones al artículo 28 Constitucional por la comisión de prácticas monopólicas, la LFCE, en su artículo 134,¹³³ dispone que el juez competente puede podrán ser los juzgados de distrito especializados en competencia económica,

¹³² CCF, Artículo 1934 Bis. *El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.*

¹³³ LFCE, Artículo 134. *Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme. El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación. Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.*

cuando alguna persona desee interponer alguna acción encaminada a resarcir daños por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas.

Si bien la norma habla de «tribunales» podemos afirmar que, conforme al expediente citado en el apartado anterior, el órgano judicial competente serán los Juzgados de Distrito Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y telecomunicaciones. Asimismo, resulta relevante que, el acuerdo de inicio que emita la Autoridad Investigadora de la Cofece interrumpirá la prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios y la resolución de la Cofece será la prueba suficiente que acredite la existencia del hecho ilícito.¹³⁴

En esta tesitura es de denostar que los particulares tendrán que acreditar únicamente el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, así como la cuantificación del daño, lo anterior, sin duda, se cristaliza en una facilidad para aquellos postulantes y víctimas que tengan el interés en interponer una acción para reclamar daños.

Al respecto, resulta relevante que la Cofece, al momento de emitir una resolución que ponga fin al procedimiento seguido en forma de juicio, suele considerar un «daño al mercado» que, si bien no será siempre igual al daño sufrido por el actor, sí será de guía para poder cuantificar el daño sufrido por el particular en cuestión, si no es que al ser un único comprador se puede afirmar que en la misma resolución se establezca el daño causado a la víctima.

¹³⁴ No por ello, se deberá omitir la narración de los hechos constitutivos de la acción para efectos de entablar la demanda. Al ser esto un elemento esencial de la demanda. Arellano García, Carlos. *DERECHO PROCESAL CIVIL. Décima Segunda Edición*. Editorial Porrúa. México 2016.

B.2 Efectos de la reclamación de daño

Para efectos de violaciones al artículo 28 Constitucional por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, los efectos de esta vía serán la obtención del pago del daño causado en dinero o en especie, si así lo acuerdan las partes. Lo cual será para efectos de resarcir el lucro obtenida de un patrimonio respecto a otro.

Sobre este punto, podemos observar algunas resoluciones y cómo la Cofece ha determinado el monto del daño al mercado y sus posibles afectados, conforme a la siguiente tabla:

IO-003-2006¹³⁵	Grupo I
Medicamentos licitados por el sector salud (Insulina-IMSS)	Eli Lilly. Sobre cobro de 95.6 millones de pesos.
	Cryopharma. Sobre cobro de 92.9 millones de pesos.
	Pisa. Sobre cobro de 66 millones de pesos.
	Probiomed. Sobre cobro de 59.6 millones de pesos.
	Grupo II
	Baxter. Sobre cobro de 66.4 millones de pesos.
	Fresenius. Sobre cobro de 64 millones de pesos.
	Pisa. Sobre cobro de 62.2 millones de pesos.
	Sobre precio total: 506.7 millones de pesos.

¹³⁵ Consultable en la siguiente dirección: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V33/16/1312286.pdf#search=insulina> Fecha de consulta, nueve de marzo de dos mil dieciocho.

IO-003-2015 ¹³⁶	Afore XXI Banorte. Daño al mercado de 107.2 millones de pesos.
Prestación de servicios de administración de fondos para el retiro de los trabajadores en el territorio nacional.	Principal. Daño al mercado de 18.9 millones de pesos. Profuturo. Daño al mercado de 144.3 millones de pesos. Sura. Daño al mercado de 68.4 millones de pesos. Daño total al mercado por 338.8 millones de pesos.
DE-009-2016 ¹³⁷	Daño total estimado por la práctica de Héctor Padilla, Javier Solano y Morayma Preza, 52.6 millones de pesos.
Producción, distribución y comercialización de tortillas de maíz en el Estado de Jalisco	
IO-006-2013 ¹³⁸	En este caso la Comisión determinó un daño estimado de, al menos, 87.1 millones de pesos.
Producción, distribución y comercialización de azúcar en territorio nacional	

¹³⁶ Consultable en la siguiente dirección: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V220/0/3805468.pdf> Fecha de consulta, nueve de marzo de dos mil dieciocho.

¹³⁷ Consultable en la siguiente dirección: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V239/0/3979935.pdf> Fecha de consulta, nueve de marzo de dos mil dieciocho.

¹³⁸ Consultable en la siguiente dirección: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V162/1/3530816.pdf> Fecha de consulta, nueve de marzo de dos mil dieciocho.

De los casos anteriores, quizás el más adecuado para ejercer una acción por la vía civil, es la práctica del expediente IO-003-2006, puesto que fue el IMSS el que repercutió todo el daño de la colusión, en primera instancia, y sería este quien tendría interés para acudir a los tribunales para obtener una indemnización, puesto que, el resto de las prácticas citadas en la tabla, las víctimas de las mismas pueden ser más de 30 personas o una colectividad, por lo que la vía idónea al respecto, sería la de acciones colectivas. Tema que será tratado en el siguiente subcapítulo.

C. REPARACIÓN POR LA VÍA DE ACCIONES COLECTIVAS

Habrán ocasiones en que no habrá individuos particularmente afectados en sus derechos o, habiéndolos, se mantenga un interés general de protección a estos.¹³⁹ Para esto, existen las acciones colectivas como mecanismo de protección para un grupo de individuos determinados o para defender a una colectividad más o menos homogénea.

El 29 de julio de 2010, se publicó en el DOF el decreto que modifica el artículo 17 Constitucional, a partir del cual, se añade como tercer párrafo, y se recorren los siguientes, la siguiente disposición:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos seguidos en forma de juicio y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos.

¹³⁹ Catena Moreno, Víctor; y otros. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL*. cuarta edición 2003. Página 221.

Como primeros antecedentes, en México tenemos las acciones de grupo previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor y la denuncia popular en materia ambiental, parece ser que el Poder Constituyente determinó dar unanimidad a estos procedimientos para la defensa de los derechos de la colectividad. Así, el legislador ordinario federal, decidió reformar el CFPC para añadir en el Título Tercero, del Libro Tercero, la reglamentación uniforme respecto al ejercicio de la defensa de los derechos colectivos.

Por consiguiente, en el CFPC es donde encontraremos la mayor parte de la regulación al respecto.

c.1 Procedimiento

Para comenzar, se aclara que las acciones colectivas, conforme a la legislación vigente, pueden ser sobre derechos e intereses difusos y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva,¹⁴⁰ cuya pretensión sea declarativa de derechos, constitutiva o de condena.¹⁴¹

Al respecto, se expone la siguiente tabla para exponer la pronta distinción entre los tipos de acción que se pueden interponer respecto al tipo de derecho afectado:

¹⁴⁰ Artículo 580, CFPC. En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar: I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

¹⁴¹ Artículo 582, CFPC. La acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.

Acción	Derechos tutelados	Titular	Objeto	Sentencia
Difusa	Derechos e intereses difusos	Colectividad indeterminada	Reclamar la reparación del daño, sin que necesariamente exista un vínculo entre quienes la promueven	Restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que se generara el daño, o cumplimiento sustituto
Colectiva en sentido estricto	Derechos e intereses colectivos	Colectividad determinada con base en circunstancias comunes	Reclamar la reparación del daño y cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo, derivado de un vínculo jurídico	Cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo. Los miembros de la colectividad podrán promover el incidente de liquidación en el que deberán probar el daño sufrido.
Individual homogénea	Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva	Individuos agrupados con base en circunstancias comunes	Reclamar de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según las leyes aplicables	

Respecto a la prescripción en las acciones colectivas, este amplía el plazo ordinario para interponerlas a un total de tres años y seis meses, lapso mayor que las acciones por reparación del daño por la vía civil y esto se entiende, principalmente, para dar mayor campo de acción a la sociedad civil para que esta pueda organizarse y hacer efectiva la protección de sus derechos.¹⁴²

Por el lado de la legitimación activa, esta vía tiene sus propias reglas ya que por ley otorga a diversas personas la representación de los intereses colectivos o difusos. En esta tesitura encontraremos que, para efectos del presente trabajo los sujetos que pueden tener legitimación activa serán:¹⁴³

1. La Procuraduría General de la República;
2. La Comisión Federal de Competencia Económica;
3. Un representante común de una comunidad, y
4. Las asociaciones civiles sin fines de lucro.

¹⁴² Artículo 584, CFPC. Las acciones colectivas previstas en este título prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

¹⁴³ Artículo 585, CFPC. Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas: I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia; II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y IV. El Procurador General de la República.

Al respecto de los elementos que debe contener el escrito de demanda, se señala que, por el mismo CFPC, se exige lo siguiente:

1. **Nombre del tribunal ante el cual se promueve.** Considerar que, por cuestiones de materia, los competentes serán los juzgados especializados en competencia económica.
2. **Nombre del representante.** Considerando el sujeto que haya ejercido la acción, puede variar la documentación a presentar, ya sea un poder o mandato cuando se hable de un representante común, el nombramiento y aclaración de facultades en caso de que se hable de una institución pública o, en el caso de las asociaciones civiles, puede ser ya un documento donde se acrediten las facultades de representación en virtud de ser orgánica, así como un poder o mandato otorgado.
3. **Documentos por los cuales se acredita que tiene la legitimación activa.** Entendido que, para el caso del representante común, el mismo mandato o poder puede ser suficiente cuando se señale que existen al menos treinta personas. Respecto a las instituciones públicas, será suficiente el nombramiento y de las asociaciones, los documentos que acrediten su constitución, así como el acuerdo por medio del cual se les notifica que se encuentran inscritos en el registro del CFJ.
4. **El tipo de acción.** Como se señaló anteriormente, estas pueden ser difusas, colectiva en sentido estricto o individual homogénea;
5. **Pretensiones.** Lo que se busca conforme al ejercicio de la acción que, como se señaló anteriormente, puede ser declarativo, constitutivo o de condena.
6. **Hechos** en que funde sus pretensiones

7. Las circunstancias que comparte la colectividad respecto a la acción ejercida.

En este apartado es cuando se determinará lo que une a las distintas personas con el derecho afectado. Para nuestro caso será necesario acreditar que se ejerce a favor de los consumidores indeterminables o a un grupo selecto de personas a los cuales repercutió la práctica monopólica o concentración ilícita.

8. Fundamentos de derecho, y

9. Para el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el **nombre de las personas que conforma la colectividad** a favor de quienes se promueve la demanda y las consideraciones y hechos que sustenten que el ejercicio de **la acción colectiva es conveniente a sus intereses.**

Una vez presentada la demanda el juez puede admitir la demanda, para lo cual en un plazo no mayor a tres días se ordenará el emplazamiento al demandado, al cual le dará vista para que en cinco días hábiles exprese lo que a su derecho convenga respecto al cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción colectiva.

Una vez vencido este plazo, diez días después de la vista, el juez tendrá un plazo de diez días para certificar que se cumplen los requisitos de procedencia. En el caso que considere que no se cumplen los requisitos del artículo 587 o 586 del CFPC, podrá prevenir al actor para que en cinco días hábiles subsane los requisitos de forma o aclare su demanda. Asimismo, puede desecharla por actualizar alguna de las improcedencias del artículo 589 del CFPC o que no acredite la legitimación de la causa, conforme al numeral 588 del CFPC.

En este sentido, los requisitos de procedencia son:

1. Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente o que se trate de actos que hayan dañado al consumi-

dor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia;

2. Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;

3. Que existan al menos treinta miembros en la colectividad, en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;

4. Que exista coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida;

5. Que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en este Título;

6. Que no haya prescrito la acción, y

7. Las demás que determinen las leyes especiales aplicables.

Y como causales de improcedencia, tenemos los siguientes:

1. Que los miembros promoventes de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;

2. Que los actos en contra de los cuales se endereza la acción constituyan procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales;

3. Que la representación no cumpla los requisitos previstos en este Título;

4. Que la colectividad en la acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea no pueda ser determinada en atención a la afectación a sus miembros, así como a las circunstancias comunes de hecho o de derecho de dicha afectación;

5. Que su desahogo mediante el procedimiento colectivo no sea idóneo;

6. Que exista litispendencia entre el mismo tipo de acciones, en cuyo caso procederá la acumulación en los términos previstos en este Código, y

7. Que las asociaciones que pretendan ejercer la legitimación en el proceso no cumplan con los requisitos establecidos en este Título.

8. El juez de oficio o a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de estos requisitos durante el procedimiento.

Una vez que el juez verifique el cumplimiento de los requisitos de demanda, se determinará su admisión o desechamiento. Una vez admitida la demanda el juez notificará personalmente al representante legal del actor para que este ratifique la demanda. Asimismo, ordenará que se notifique a la comunidad el inicio del procedimiento de la acción colectiva.¹⁴⁴

El demandado contará con quince días hábiles, prorrogables, para contestar la demanda, una vez hecho esto el actor se le otorgarán cinco días hábiles para manifestar lo que a su derecho convenga.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Artículo 591, CFPC. Concluida la certificación referida en el artículo anterior, el juez proveerá sobre la admisión o desechamiento de la demanda y en su caso, dará vista a los órganos y organismos referidos en la fracción I del artículo 585 de este Código, según la materia del litigio de que se trate. El auto que admita la demanda deberá ser notificado en forma personal al representante legal, quien deberá ratificar la demanda. El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso. Contra la admisión o desechamiento de la demanda es procedente el recurso de apelación, al cual deberá darse trámite en forma inmediata.

¹⁴⁵ Artículo 592, CFPC. La parte demandada contará con quince días para contestar la demanda a partir de que surta efectos la notificación del auto de admisión de la demanda. El juez podrá ampliar este plazo hasta por un periodo igual, a petición del demandado. Una vez contestada la demanda, se dará vista a la actora por 5 días para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Dentro de los diez días posteriores a la notificación del representante legal del actor, se citará a las partes para una audiencia de conciliación, en caso de no llegar a un acuerdo, el juez abrirá la etapa probatoria la cual será de sesenta días hábiles, sobre la cual las partes podrán preparar y ofrecer los medios de convicción que resulten conforme a sus intereses. Posteriormente se abrirá un plazo de cuarenta días para el desahogo de pruebas.

Una vez concluido el plazo de desahogo de pruebas, se otorga a las partes un plazo de diez días hábiles para que presenten sus alegatos, en paralelo, dentro de los treinta días siguientes, el juez dictará sentencia.

c.2 Efectos de la reclamación de daño

En acciones colectivas habrá dos tipos de resoluciones. Así, cuando se trate de acciones difusas el demandado se obliga a reponer las cosas en el estado actual que se encontraban, en caso de que no sea posible, se podrá realizar un cumplimiento sustituto que, en su caso, se destinara el dinero al Fondo que resguarda el PJJ, conforme al Libro Quinto, Capítulo XI, del CFPC.¹⁴⁶

¹⁴⁶ CFPC, Artículo 604. En acciones difusas el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas. Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo con la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. En su caso, la cantidad resultante se destinará al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título.

Por otro lado, si es por acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, la sentencia podrá abarcar la indemnización a cada uno de los miembros, en los términos abordados en la sentencia.¹⁴⁷

D.1 Procedimiento

El procedimiento de amparo es ya conocido por los lectores y quizás solo convenga hacer un rápido conteo de sus etapas, puesto que, adicionalmente, el tema relevante del amparo indirecto, el cual será el precedente para efectos de la reclamación de daños por violación al artículo 28 Constitucional en materia mercantil, son los efectos de la sentencia que pueden obtener las personas.

El procedimiento será por la vía de amparo indirecto, el cual consiste en presentar la demanda con la oficialía de partes común, y esta la turnará al juzgado que considere

D. REPARACIÓN POR LA VÍA DE AMPARO

¹⁴⁷ CFPC, Artículo 605. *En el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo. Cada miembro de la colectividad podrá promover el incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover dicho incidente. El incidente de liquidación podrá promoverse por cada uno de los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria. A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo. El pago que resulte del incidente de liquidación será hecho a los miembros de la colectividad en los términos que ordene la sentencia; en ningún caso a través del representante común.*

competente. Una vez que se turne a un juzgado de distrito se emitirá el auto de radicación, el cual determinará la admisión, desechamiento o prevención de la demanda de amparo indirecto. Una vez admitida, se señalará el día y la hora para la audiencia constitucional, se ordena el traslado a los terceros interesados. Finalmente, en la apertura de la audiencia se ofrecen y desahogan las pruebas, se presentan los alegatos y al final se emite la sentencia.

D.2 Efectos de la reclamación de daños

Tradicionalmente el juicio de amparo funge como un mecanismo que nulifica aquellos actos de autoridad tildados de inconstitucionales, no obstante, derivado de la reforma constitucional de derechos humanos del año 2011, se introdujo en el sistema jurídico la idea de la “reparación integral”.¹⁴⁸

Una interpretación de la reparación integral por parte de la corte obra en el expediente Amparo en Revisión 706/2015, tramitado ante la Primera Sala. En este expediente se interpretó que la CIDH determinó que, ante una violación de derechos humanos por parte de un Estado miembro de la Convención Americana, la resolución judicial debe buscar, en primer lugar, la restitución del derecho objeto de violación, a lo cual cita el caso de Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en el cual la CIDH determinó que:

¹⁴⁸ *Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera la reparación integral como «el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados» (González y otras vs. México), disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=e Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.*

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior [a la violación del derecho].¹⁴⁹

En ese orden, la Primera Sala continúa explicando que puede proceder el caso de una justa indemnización cuando la restitución del derecho no es posible.¹⁵⁰ Así, la Primera Sala expone otras formas que la CIDH ha determinado como medidas alternativas para reparación integral del daño, entre las cuales podemos destacar modificaciones a la ley, publicidad y difusión a las violaciones de derechos humanos y culmina explicando que el caso Loayza vs. Perú y Castillo Páez vs. Perú, son aquellos casos en los cuales la CIDH desarrolla su doctrina de restitutio in integrum.

Después de un detenido análisis sobre los precedentes de la CIDH, la Primera Sala, determina que, si bien existen precedentes de la SCJN sobre el reconocimiento de la reparación integral oponible frente a autoridades nacionales, esto no implica que se puedan aplicar toda la doctrina de la CIDH sobre reparación integral.

La Primera Sala expone que el juicio de amparo ha tenido, principalmente, una función de restitución de los derechos lacerados, esto visible desde la quinta época, conforme al siguiente criterio judicial:¹⁵¹

¹⁴⁹ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, No. 7, párrafo 26.

¹⁵⁰ Al respecto, la Primera Sala cita el caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de veintuno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

¹⁵¹ Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XIII, página 511

SENTENCIAS DE AMPARO. El efecto jurídico de la sentencia definitiva que se pronuncie en el juicio constitucional, concediendo el amparo, es volver las cosas al estado que tenían antes de la violación de garantías, nulificando el acto reclamado y los subsecuentes que de él se deriven.

Esta visión del juicio de amparo obedece a la interpretación clásica de los derechos fundamentales, los cuales se materializan en obligaciones de no hacer a cargo de los entes públicos en contra de los ciudadanos. Asimismo, expone el siguiente ejemplo:¹⁵²

Un ejemplo relacionado con la vulneración de una libertad negativa puede servir para ilustrar esta cuestión. En el caso específico de la libertad de expresión una de las obligaciones negativas que impone el derecho consiste en la prohibición que pesa sobre la autoridad de no ejercer censura previa. Si en un caso concreto se impugna un acto de la autoridad que se traduce en un acto de censura a una opinión o información previo a su difusión, es evidente que al declarar la nulidad de ese acto se estaría restituyendo al quejoso en el goce de la libertad de expresión porque dejaría de existir el acto positivo que vulneró la prohibición correlativa al derecho.

En conclusión, respecto a la restitución, este mecanismo como reparación del daño, en instancia de amparo, resulta la primordial, puesto que, conforme al artículo 77 de la Ley de Amparo, otorga un amplio margen de discrecionalidad a los jueces federales para ordenar la restitución del derecho por medio del mecanismo que ellos consideren más idóneo.

¹⁵² Expediente Amparo en Revisión 706/2015, página 42. Disponible en el siguiente hipervínculo: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2015/2/2_182365_3193.doc. Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

Lo anterior no deja a un lado que, ante la imposibilidad de restituir al quejoso del derecho que fue anulado o lacerado o que la restitución del derecho resulta insuficiente. Así, resulta viable que el juez federal decrete una compensación económica como medida extraordinaria, puesto que, el juicio de amparo no tiene como finalidad determinar responsabilidad de las autoridades sino entrar en litigio respecto a actos que el quejoso presume carecen de constitucionalidad.

En conclusión, la Primera Sala determinó que en el caso que una persona tenga como pretensión el pago de una contraprestación en virtud de responsabilidad del Estado por su actuar, existe en la legislación mexicana las acciones por responsabilidad patrimonial del Estado, la cual resulta como la vía idónea para que los particulares puedan exigir el pago de daños y perjuicios frente al Estado. Estas ideas han quedado materializadas en la jurisprudencia 1a./J. 31/2017 (10a.), el cual se transcribe para su pronta remisión:¹⁵³

DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE. El derecho citado es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, por lo que no debe restringirse innecesariamente. Ahora bien, atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños

¹⁵³ Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 41, Abril de 2017, Tomo I.

ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado. En ese sentido, el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño a las víctimas y no a los victimarios. Así, el daño causado es el que determina la naturaleza y el monto de la indemnización, de forma que las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores; además, no se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos. Por otro lado, una indemnización será excesiva cuando exceda del monto suficiente para compensar a la víctima, sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada; esto es, una indemnización es injusta cuando se le limita con topes o tarifas, y en lugar de ser el Juez quien la cuantifique justa y equitativamente con base en criterios de razonabilidad, al ser quien conoce las particularidades del caso, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad.

En conclusión, la vía de amparo será de gran utilidad cuando queramos solicitar al Poder Judicial que examine la constitucionalidad de determinadas normas que puedan generar problemas de competencia o violen el libre acceso a mercados en condiciones de competencia o para aquellos actos de autoridades que, en algún acto de autoridad, afecten la libre concurrencia y competencia económica de los mercados.

Dada la naturaleza económica del artículo 28 Constitucional, debe tomarse en cuenta que muy probablemente el asunto será turnado a los Jueces o Tribunales Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Lo anterior conforme a la jurisprudencia PC.XXXIII.CRT. J/4 A (10a.), misma que se transcribe para su pronta remisión:

COMPETENCIA POR MATERIA DE LOS JUZGADOS DE DISTRITO ESPECIALIZADOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. DEBE DETERMINARSE ATENDIENDO PRIMORDIALMENTE AL ANÁLISIS OBJETIVO DE LA NATURALEZA DEL ACTO RECLAMADO. De la intelección de los artículos 28, vigésimo párrafo, fracción VII, 107, fracción IV, y 94, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 48 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 37 de la Ley de Amparo, en relación con los puntos sexto y octavo del Acuerdo General 22/2013, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2013, se obtiene que, para definir la competencia material de un Juzgado de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, no es determinante el carácter formal de la autoridad responsable, ya que dicho presupuesto procesal puede actualizarse cuando los actos reclamados dimanen de autoridades distintas a las creadas con motivo de la reforma constitucional publicada en el citado medio de difusión oficial, el 11 de junio de 2013, siempre que, de la objetiva constatación de la naturaleza del acto, pueda colegirse que guarda relación con los temas propios de esa subespecialización, prescindiendo en todo momento de apreciaciones subjetivas planteadas por el quejoso en su demanda, pues de lo contrario, se corre el riesgo de que el justiciable participe en la delimitación de la competencia del Juzgado de Distrito, lo que representaría un perjuicio patente al principio de seguridad jurídica; de ahí que dicha competencia debe determinarse atendiendo primordialmente al análisis objetivo de la naturaleza del acto reclamado.

E.1 Procedimiento

Habrán ocasiones que algún órgano del Estado viole el bien jurídico del artículo 28 Constitucional por alguna actividad administrativa irregular de este. Entiende por actividad

E. REPARACIÓN POR LA VÍA DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

administrativa irregular aquella que causa un daño a los bienes y derechos de aquel que no tenga la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir un fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño.¹⁵⁴ Asimismo, la LFRPE, en su artículo 1, nos indica que la responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva y directa.

Para el presente apartado, si bien la responsabilidad del Estado puede ser materia federal o local, se optó por usar como referencia la materia federal por considerarse que puede ser clarificante para efectos de los procedimientos que se lleven a cabo bajo las legislaciones locales.

Rodrigo Vargas menciona que esta actividad no únicamente se refiere a la emisión de actos, sino que también incluye omisiones administrativas, cuando se considere que existió un deber de actuar por parte de la autoridad administrativa y esta no se cumplió.¹⁵⁵ (p. 158)

Continúa el autor mencionando que bien pueden existir situaciones en que la actividad administrativa del Estado sea lícita, por estar fundada conforme a derecho y aún, derivado de un daño colateral, exigir la indemnización correspondiente. Sobre este punto el autor nos señala el siguiente ejemplo: 152

¹⁵⁴ LFRPE, Artículo 1. La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

¹⁵⁵ Vargas Gil, Luis Rodrigo. Responsabilidad Patrimonial del Estado, México, 2016, Editorial Porrúa.

(...) una grúa de la policía que al levantar un vehículo mal estacionado le ocasione daños al mismo, aunque el acto puede ser válido, sus efectos colaterales sin lugar constituyen una lesión patrimonial.

Con base en lo anterior, cuando una persona sufra daños por afectación a la libre competencia y libre concurrencia, por ejemplo, el retraso indebido en el otorgamiento de un permiso, la limitación que imponga autoridades a determinados agentes económicos o, como sucedió hace unos meses, la omisión de las autoridades de vigilar que los taxistas no dañen o lesionen las unidades inscritas en la plataforma de Uber; podrá ser procedente esta vía para que, independientemente del daño reclamado a particulares que participen en la conducta,¹⁵⁶ se obtenga una indemnización a cargo del Estado.

Antes de la reforma del doce de junio de dos mil nueve a la LFRPE, el capítulo III de la misma ley, disponía que el órgano a quien se tramita la reclamación era el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. En la legislación actual, el artículo 18 de la LFRPE¹⁵⁷ determina que el procedimiento inicia ante la autoridad que se considere responsable.¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 163.

¹⁵⁷ LFRPE, Artículo 18. *La parte interesada deberá presentar su reclamación ante la dependencia o entidad presuntamente responsable u organismo constitucional autónomo, conforme a lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Los particulares en su demanda, deberán señalar, en su caso, el o los servidores públicos involucrados en la actividad administrativa que se considere irregular. Si iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, se encontrare pendiente alguno de los procedimientos por los que el particular haya impugnado el acto de autoridad que se reputa como dañoso, el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado se suspenderá hasta en tanto en los otros procedimientos, la autoridad competente no haya dictado una resolución que cause estado.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 178.

En palabras de Vargas Gil, este cambio permite la creación de un nuevo recurso administrativo que brinda a la autoridad la oportunidad de revertir el daño ocasionado.¹⁵⁹

En este entendido, el procedimiento será interponer un recurso de reclamación conforme a la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Vargas Gil sugiere que en el recurso se expongan todos los hechos que dieron lugar a los daños y perjuicios ocasionados; los servidores públicos involucrados, en caso de conocerlos; el cálculo y avalúo de la lesión patrimonial, así como todas aquellas pruebas que sustenten lo anterior y en particular la existencia del daño, evaluable en dinero, el nexo causal entre el daño y la actividad o inactividad del Estado y su vinculación con la autoridad con quien se está interponiendo el recurso.¹⁶⁰

La acción para indemnizar, conforme al artículo 25 de la LFRPE¹⁶¹, prescribe en un año, contado a partir de que se produjo la lesión o a partir de los últimos efectos en caso de ser una conducta continua. En caso de que el daño sea a cuestiones fisiológicas o psíquicas de las personas, el plazo será de dos años. Es entendible que, para efectos de violaciones al artículo 28 Constitucional, predominantemente será de un año, puesto que el no acceso al mercado difícilmente se traduce en un daño físico o emocional.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 183

¹⁶¹ LFRPE, Artículo 25. *El derecho a reclamar indemnización prescribe en un año, mismo que se computará a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido la lesión patrimonial, o a partir del momento en que hubiesen cesado sus efectos lesivos, si fuesen de carácter continuo. Cuando existan daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción será de dos años. Los plazos de prescripción previstos en este artículo se interrumpirán al iniciarse el procedimiento de reclamación, a través de los cuales se impugne la legalidad de los actos administrativos que probablemente produjeron los daños o perjuicios.*

E.2 Efectos de la reclamación de daños

Las modalidades de las indemnizaciones que se podrán obtener por una actividad administrativa irregular están determinadas en el artículo 11 de la LFRPE¹⁶², el cual dispone que pueden pagarse en moneda nacional, se puede convenir el pago en especie y en caso de que se retrase el pago, este se actualizará conforme al Código Fiscal de la Federación.

Por último, se menciona que en caso de que la autoridad no responda conforme a los intereses de la parte afectada, conforme al artículo 24 de la LFRPE,¹⁶³ en ese momento

¹⁶² LFRPE, Artículo 11. *La indemnización por Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada de la actividad administrativa irregular, deberá pagarse al reclamante de acuerdo a las modalidades que establece esta Ley y las bases siguientes: a) Deberá pagarse en moneda nacional; b) Podrá convenirse su pago en especie; c) La cuantificación de la indemnización se calculará de acuerdo a la fecha en que la lesión efectivamente se produjo o la fecha en que haya cesado cuando sea de carácter continuo; d) En todo caso deberá actualizarse la cantidad a indemnizar al tiempo en que haya de efectuarse el cumplimiento de la resolución por la que se resuelve y ordena el pago de la indemnización; e) En caso de retraso en el cumplimiento del pago de la indemnización procederá la actualización de conformidad con lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, y f) Los entes públicos federales podrán cubrir el monto de la indemnización mediante parcialidades en ejercicios fiscales subsecuentes, realizando una proyección de los pagos de acuerdo a lo siguiente: 1. Los diversos compromisos programados de ejercicios fiscales anteriores y los que previsiblemente se presentarán en el ejercicio de que se trate; 2. El monto de los recursos presupuestados o asignados en los cinco ejercicios fiscales previos al inicio del pago en parcialidades, para cubrir la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la actividad administrativa irregular impuestas por autoridad competente, y 3. Los recursos que previsiblemente serán aprobados y asignados en el rubro correspondiente a este tipo de obligaciones en los ejercicios fiscales subsecuentes con base en los antecedentes referidos en el numeral anterior y el comportamiento del ingreso-gasto.*

¹⁶³ LFRPE, Artículo 24. *Las resoluciones de la autoridad administrativa que nieguen la indemnización, o que, por su monto, no satisfagan al interesado podrán impugnarse mediante recurso de revisión en vía administrativa o bien, directamente por vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.*

es cuando se podrá acudir ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa para que entonces proceda un procedimiento contencioso administrativo en términos de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.¹⁶⁴



¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 197.

CAPÍTULO

5



El papel de las asociaciones civiles

Lebo Las asociaciones civiles sin fines de lucro pueden fungir como un contrapeso a las malas prácticas por parte de los agentes económicos o autoridades que causen un daño a los derechos del artículo 28 Constitucional. Lo anterior considerando que, por medio de los procedimientos del capítulo anterior, existen diversas vías por las cuales una persona puede abanderar una causa legal cuando su esfera de derechos resulte afectada.

También es cierto que el papel de las asociaciones civiles no se limita a promover juicios en defensa de derechos colectivos o en apoyo a víctimas, la experiencia ha demostrado que estos organismos incluyen en su agenda actividades de promoción que pueden materializarse en cursos, publicaciones, estudios o formación de foros donde se discuta y concilien intereses de distintas personas o sectores.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Un ejemplo bastante loable de lo que pueden llegar a ser las asociaciones civiles es Mexicanos Primero, quienes fueron partícipes de la llamada Reforma Educativa y además de tener actividades de investigación, estudios, campaña e interacción con el público objetivo, es una organización bastante activa en los tribunales. Puede consultarse más información en la propia página de internet de este organismo: <http://www.mexicanosprimero.org/> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

El tema de organizaciones civiles que promueven y asesoran a víctimas es ya un tema conocido y recorrido en México,¹⁶⁶ por lo que su papel en el mundo procesal no es nada nuevo en el sistema jurídico. Dicho lo anterior, resulta interesante que las actividades de las asociaciones civiles se expandan a nuevos campos, ahora que tienen la facultad de velar intereses colectivos o difusos, cuestiones que pueden ser muy relevantes para efectos de salvaguardar los derechos de su objeto social.

En este orden de ideas, y para efectos del presente trabajo, resultó relevante darles un espacio a las asociaciones civiles dado el importante que desempeñan, por lo que en el presente capítulo se habla un poco respecto a los requisitos que deben cubrir las asociaciones civiles para poder ejercer acciones colectivas conforme al Libro Quinto del CFPC.

Uno de los pilares del proceso es el interés jurídico en este. Así, Marco Antonio Díaz de León define que, interés jurídico, es aquella cuestión de derecho, normalmente sustantivo, que surge del litigio; tiene interés jurídico, procesalmente hablando, quien es protagonista del litigio o que tiene con éste relación activa o pasiva; o sea, aquél a quien beneficia (pretensor) o bien perjudica (contra quien se pretende) el litigio.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Un ejemplo de esto son todas aquellas organizaciones que luchan contra la trata de personas dándoles asistencia jurídica, por ejemplo, la Fundación Y Quien Habla por Mí, A.C., puede ser consultada en la siguiente dirección: <http://yquienhablapormi.org/>. Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

¹⁶⁷ Díaz de León señala claramente que se entenderá como legitimación como una cualidad de un sujeto de derecho que, partiendo de la existencia de un interés, se encuentra autorizado para encausar un procedimiento, ya sea por pretensión, propia o de terceros. Código Federal de Procedimientos Civiles, México, D.F., septiembre 2012, pág. 3.

A. LEGITIMACIÓN ACTIVA

De este concepto salta la idea de legitimación procesal, la cual, para efectos de las asociaciones civiles, se configura con la posibilidad de que una asociación civil represente los intereses de determinadas personas o colectividad. Así, las asociaciones civiles podrán poseer legitimación activa cuando se afecte tenga interés legítimo en el derecho en controversia o cuando funjan como representantes de una colectividad.

Respecto al primer punto, resultará en la posibilidad de participación de las asociaciones civiles en los juicios de amparo por alegar la existencia de un interés legítimo, y, en el segundo, corresponde a la legitimación activa¹⁶⁸ prevista en el Libro Quinto del CFPC, respecto a la legitimación de las acciones colectivas y la posibilidad de solicitar el resarcimiento del daño a derechos difusos o colectivos.

Para el primer punto, la Primera Sala de la SCJN ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto y ha emitido el criterio que, hasta la fecha del presente trabajo, predomina como criterio para verificar el interés de las asociaciones civiles para acudir al juicio de amparo.

¹⁶⁸ Al respecto, resulta importante traer a colación la jurisprudencia 2a./J. 75/97, que define este concepto: «LEGITIMACION PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional o instancia administrativa con la petición de que se inicie la tramitación de un juicio o del procedimiento respectivo. A esta legitimación se le conoce con el nombre de "ad procesum" y se produce cuando el derecho que se cuestionara en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación "ad causam" que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionara, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación "ad procesum" es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la "ad causam" lo es para que se pronuncie sentencia favorable».

En particular, la Primera Sala emitió la tesis 1a. CLXVII/2015 (10a.):

INTERÉS LEGÍTIMO DE ASOCIACIONES CIVILES EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR EL DERECHO CUESTIONADO A LA LUZ DE LA AFECTACIÓN RECLAMADA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. De conformidad con lo que estableció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 50/2014 (10a.), de título y subtítulo: "INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", para la procedencia del juicio de amparo debe tomarse en cuenta la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, la cual no requiere de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, sino de la aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, por medio del cual pueda reclamar a los poderes públicos que actúen acorde con el ordenamiento; de ahí que con la concesión del amparo debe lograrse un efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto, como resultado inmediato de la resolución que, en su caso, llegue a dictarse. Así, tratándose del interés legítimo de asociaciones civiles en defensa de derechos colectivos, el juzgador debe realizar un estudio integral de la naturaleza del derecho, el objeto social de la asociación y la afectación que se alega. Por tanto, cuando una persona jurídica alega la transgresión del derecho a la educación por parte de las autoridades estatales, no procede sobreseer en el juicio por considerar exclusivamente que los reclamos tienen por efecto salvaguardar la constitucionalidad y la legalidad del ordenamiento, sino que es necesario analizar la pretensión aducida a la luz del derecho cuestionado, para determinar la forma en la que dicho reclamo trasciende a la esfera jurídica de la quejosa, en virtud de que el amparo tendrá por objeto reparar la violación a su esfera jurídica.

Así, de este criterio se concluyó que las asociaciones civiles se encuentran facultadas para acudir al juicio de amparo cuando el acto reclamado trasciende, en primer lugar, al cumplimiento de su objeto social, y en segundo, se acredite que el organismo ha realizado diversos actos que, los cuales, se encuentran relacionados con la actuación de la autoridad.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Al respecto, la en el expediente 323/2014 Amparo en Revisión, Primera Sala, Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, se expuso, de la página 61 a la 63, que: «Dentro del objeto social también se advierte que la asociación está encaminada a realizar, publicar y dar a conocer investigación básica y aplicada, enfocada al diseño, evaluación y difusión de modelos y estrategias de la defensa al derecho a la educación y de las necesarias reformas legislativas y de otro tipo al Sistema Educativo Nacional que impulsen el desarrollo social para México. (...), esta Primera Sala considera que existe un vínculo entre la quejosa y el derecho que se cuestiona en el presente asunto, pues se trata de una organización de la sociedad civil cuyo objeto social se encuentra comprendido en las diversas relaciones jurídicas que componen el derecho a la educación, al estar constituida con la finalidad de llevar a cabo estudios e investigaciones enfocadas a la evaluación de la educación y la gestión gubernamental en esta materia, por lo que se encuentra comprendida dentro de los supuestos que contempla la fracción III del artículo 3 constitucional; así como en el punto 3, párrafo 60 de la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En ese contexto, debe tomarse en cuenta que la asociación está en una situación especial frente al derecho cuestionado, pues no se está reclamando la protección de un derecho tradicional, en el que fácilmente pueda identificarse o individualizarse un derecho subjetivo, sino que se trata de un derecho compuesto por relaciones jurídicas, por lo que aun cuando no es el beneficiario tradicional del derecho, es titular de obligaciones y derechos que se encuentran comprendidos dentro del mismo, como lo son intervenir como parte de la sociedad civil para lograr su efectividad. Ahora bien, dada la naturaleza del derecho a la educación, si bien el artículo 3 de la Constitución no le otorga a las asociaciones una facultad exclusiva para llevar a cabo esta labor, lo cierto es que sí existe un agravio diferenciado respecto del resto de los integrantes de la sociedad, en virtud de que es una asociación que fue constituida para la defensa de ese derecho y los ordenamientos, tanto nacionales como internacionales, antes mencionados, le otorgan la facultad específica a este tipo de asociaciones para intervenir en el ejercicio de este derecho. (...) la asociación cuenta con una característica diferenciada, pues su objeto social está encaminado a realizar actos, como los previstos en el artículo 13.2 inciso e), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consistentes en proseguir activamente con el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de enseñanza y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. Así, la pretensión que se plantea

Por otro lado, el CFPC, en su artículo 585, fracción III, establece que una asociación puede tener legitimación activa para la defensa y protección de los derechos difusos o colectivos, cuando el organismo promotor no tenga fines de lucro. Asimismo, en el artículo en cita, se determina que solo será procedente cuando la materia verse sobre consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Dicho lo anterior, en el siguiente apartado se aclara sobre los requisitos que deben cubrir las asociaciones civiles para poder ejercer las acciones correspondientes para la defensa de los derechos e intereses que busquen resguardar.

Para que una asociación pueda tener interés legítimo en el amparo, además de llegar a fungir como asesores de las víctimas, también puede hacerlo a motu proprio, para lo cual necesita acreditar la existencia de un interés legítimo. En el apartado anterior vimos algunos elementos que la SCJN ha tomado en cuenta al respecto.

en el presente juicio de amparo no se refiere sólo a la defensa abstracta del derecho a la educación, sino que se trata de una defensa específica que se encuentra estrechamente relacionada con el objeto para el cual fue constituida, por lo que impedir el acceso al juicio de amparo, a su vez impediría que la asociación cumpliera con uno de los fines para la que fue creada; motivo por el cual, aun cuando en cierto punto el interés del ciudadano y el de la asociación pudieran coincidir, ya que ambos tendrían un interés simple para verificar que las autoridades cumplan con sus obligaciones, también es cierto que el agravio diferenciado se actualiza, en virtud de la naturaleza del derecho a la educación y la protección del objeto social de la quejosa. (...) no permitir el cuestionamiento de los actos de las autoridades en el juicio de amparo, se estaría incumpliendo con el deber de respeto impuesto en el artículo 1 constitucional, (...) en virtud de que (...) la asociación es parte de la sociedad civil que se encuentra vinculada de manera específica al derecho a la educación, pues para lograr la efectividad de este derecho se requiere de la interacción entre el Estado y los particulares». [Énfasis añadido]

B. REQUISITOS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

En particular, en el presente apartado podemos apreciar que la Primera Sala ha calificado que se requiere acreditar un interés legítimo¹⁷⁰ por parte de la asociación civil.

¹⁷⁰ Respecto al interés legítimo, conviene citar la jurisprudencia P./J. 50/2014 (10a.) emitida por el Pleno de la SCJN: «INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). A consideración de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el párrafo primero de la fracción I del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que tratándose de la procedencia del amparo indirecto -en los supuestos en que no se combatan actos o resoluciones de tribunales-, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos: (I) ser titular de un derecho subjetivo, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal titularidad; o (II) en caso de que no se cuente con tal interés, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, que será suficiente para comparecer en el juicio. Dicho interés legítimo se refiere a la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, sin que dicha persona requiera de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, esto es, la persona que cuenta con ese interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto. En consecuencia, para que exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica -no exclusivamente en una cuestión patrimonial-, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar de la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse. Como puede advertirse, el interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata del interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple, esto es, no se trata de la generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. En esta lógica, mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, por lo

Tomando como base el expediente Amparo en Revisión 323/2014, de la Primera Sala¹⁷¹, podemos concluir que una asociación civil tiene interés legítimo cuando acredita que:

1. El objeto social de la asociación se desprende que parte de sus objetivos son concretos respecto a actividades que versan en relación con el derecho que se estima afectado.
2. El derecho afectado debe tener cierto grado de complejidad, puesto que este no se ubica en un plano de fácil individualización a un derecho subjetivo.
3. La asociación civil, a partir de su objeto social, se desprende la obligación de intervenir a nombre de la sociedad con el objeto de lograr la efectividad del derecho afectado.
4. Acreditar que una eventual concesión del amparo genera un beneficio específico a la asociación, pues permite ejercer de manera libre su objeto social.

que si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible; pues es factible que un juzgador se encuentre con un caso en el cual exista un interés legítimo individual en virtud de que, la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico, sea una situación no sólo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo. Incluso, podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas. En suma, debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas».

¹⁷¹ Disponible en la página de la SCJN, en el hipervínculo: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/2/2_165345_2692.doc Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

En este sentido, podemos dilucidar la relevancia de determinar un objeto social que permita vincular un actuar irregular de las autoridades a una afectación a la esfera jurídica de la misma. Este objeto social no puede ser demasiado amplio, puesto que, como determinó la Primera Sala en el expediente en cita, este calificaría de insuficiente. Lo anterior en el entendido que un objeto social demasiado amplio o que tenga como fines “fomentar el acceso a la justicia” o “defender los derechos humanos” no calificaría como una afectación directa a su esfera jurídica, puesto que se acerca más a un interés simple que tiene cualquier ciudadano respecto a la cultura de la legalidad y el Estado de derecho.

En este orden de ideas, la sugerencia del presente trabajo es que se conformen asociaciones civiles cuyo objeto social sea un derecho en particular, para nuestro caso, puede funcionar el derecho a un acceso a mercados en condiciones de competencia.¹⁷²

¹⁷² Al respecto, conviene traer a colación la tesis I.3o.C.51 C (10a.): CONSUMIDOR O USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS. EL ACCESO AL MERCADO EN CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA Y CONCURRENCIA, ES UN DERECHO HUMANO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 28, PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Una interpretación histórica y progresiva del artículo 28, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal, permite advertir que se parte del supuesto de que en el mercado, como espacio de intercambio mercantil, concurren numerosos propietarios o proveedores de mercancías o servicios frente a aquellos que necesitan esos bienes para satisfacer sus intereses, lo que evidencia que existen diferentes facetas de la libertad individual que se ven involucradas en el mecanismo del mercado, a saber, las que se refieren a libertades sustantivas, la autonomía decisional y la inmunidad frente a las intrusiones de factores que obliguen a elegir al consumidor de una manera y no de otra. La economía moderna configura al mercado como un espacio competitivo y la libertad de las personas en este ámbito tiene dos facetas: a) de oportunidad; y, b) de proceso de la libertad. La primera de ellas se refiere a la capacidad real de los individuos para conseguir cosas, en el que se centra la postura del consumidor y tiene un valor instrumental en la medida en que sólo puede elegir aquello que esté dentro de un "conjunto presupuestario", es decir, lo que realmente se puede conseguir dentro

de lo que se ofrece; tiene una estrecha relación con el concepto de preferencias, esto es, la posibilidad de elección entre diversas opciones o alternativas cuya decisión se apoya en un conjunto de valores de los individuos y no únicamente en sus gustos. La segunda faceta hace referencia al procedimiento de decidir libremente por uno mismo, que implica la autonomía decisional de las elecciones a realizar, en tanto que una persona decide por sí misma y no otras por ella y la inmunidad frente a la interferencia de los demás. Entonces, el derecho a intervenir en el mercado para vender o adquirir mercancías libremente sin interferencia alguna debe realizarse sin que nadie se interponga, en condiciones de oportunidad y de libertad, que se justifica por los resultados o utilidades sociales que produce. Empero, los desequilibrios en el mercado existen ya sea que se aproveche una determinada ventaja comparativa o privilegio del productor por lo cual se establecen parámetros de su corrección o atenuación. Entre esos desequilibrios están el monopolio, el oligopolio y las situaciones inherentes que descansan en el tipo, cantidad y calidad de la mercancía ofertada, incluso la idea de protección al ambiente; la intromisión en la selección y decisión por el consumidor para adquirir una mercancía o en aspectos en los que no existe real competencia, por regularse a favor del Estado la producción del bien o la prestación del servicio en que el margen de libertad del consumidor se acota aún más, pues no sólo corresponde al precio que puede definirse en función de sus alcances presupuestarios, sino de lo que el Estado permite que pueda ofrecerse en términos de competencia tanto cuando la restringe en su favor, como cuando se trata de actividades estratégicas o de interés público, que afectan, además, la libre competencia. Una forma de garantizar que la relación entre los usuarios de los servicios financieros y las instituciones respectivas pueda garantizar condiciones de profesionalismo, equidad y legalidad, son las normas de derechos humanos que se encuentran contenidas en el artículo 28 constitucional y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano. El artículo 28, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal que reconoce un derecho humano del consumidor que tiene diversas facetas, pues por un lado establece una prohibición de existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos y exenciones de impuestos, así como las prohibiciones a título de protección a la industria, en los términos previstos por las leyes. Por esa razón, se dispone que la ley castigará severamente y que debe ser perseguido con eficacia por las autoridades, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre 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

En paralelo, y como se mencionó anteriormente, las asociaciones civiles tienen legitimación activa para promover acciones colectivas,¹⁷³ y, para ello, deben estar inscritas ante el Consejo de la Judicatura Federal,¹⁷⁴ para lo cual deben presentar sus estatutos sociales cumpliendo los requisitos que marca en particular el CFPC, así como acreditar que llevan, al menos, un año de haberse constituido y haber realizado actividades inherentes a su objeto social.¹⁷⁵

El Consejo de la Judicatura Federal, por medio de acuerdo publicado en el DOF el treinta de mayo de dos mil doce,¹⁷⁶ dispuso que las asociaciones civiles al solicitar el registro se les otorgará un folio. Para poder registrarse, las asociaciones deben cumplir tener, al menos, treinta miembros¹⁷⁷ y presentar:

perjuicio del público en general o de alguna clase social. Con esa prohibición, lo que se reconoce implícitamente es un derecho humano de la persona en su vertiente de consumidor frente al abuso de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que impidan la libre competencia y la libre concurrencia en el mercado que tenga como finalidad generar una ventaja en perjuicio de las demás personas, determinadas o indeterminadas. Es decir, el Constituyente parte del hecho de que existe una desigualdad en el mercado que es necesario atemperar y sobre todo que debe protegerse al consumidor como una parte débil de la relación económica ante la situación de escasez de bienes o servicios o de claro predominio de los proveedores de servicios o propietarios de bienes o mercancías, que implique una afectación a su patrimonio como producto de esa relación asimétrica o desigual».

¹⁷³ Artículo 585, fracción III, del CFPC.

¹⁷⁴ Artículo 619, CFPC.

¹⁷⁵ Artículo 620, CFPC.

¹⁷⁶ Acuerdo titulado: «ACUERDO General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que adiciona el diverso Acuerdo General que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo, por el que se crea y regula el registro de las asociaciones civiles a que se refiere el artículo 585, fracción II, en relación con el 619, del Código Federal de Procedimientos Civiles» (Acuerdo Registro) disponible en: http://w3.cjf.gob.mx/serie_page/normativa/ResultadoBusquedaIndex.asp?TipoConsulta=2 Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

¹⁷⁷ Artículo 194 del Acuerdo Registro.

1. Solicitud con firma autógrafa del representante de la asociación civil, que esté facultado para hacer el trámite;
2. Los estatutos sociales;
3. Testimonio del acta constitutiva de la asociación civil, con sus modificaciones;
4. La cédula fiscal de la asociación civil;
5. Identificación oficial con fotografía del representante de la asociación civil que promueve el trámite.
6. Poder general o especial que faculte al promovente para realizar el trámite.

El folio se compondrá del número de solicitud y el año correspondiente, reiniciando la numeración cada año. Asimismo, el folio contendrá:¹⁷⁸

1. Fecha de inscripción
2. Razón social o denominación social
3. Objeto social
4. Nombres de socios o asociados
5. Nombre de los representantes y aquellos que ejerzan cargos directivos.

Una vez presentada la solicitud, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Judicatura resolverá la solicitud dentro de un plazo de tres días contados desde la

¹⁷⁸ Artículo 195 del ACUERDO REGISTRO.

recepción. Una vez resuelto se publicará un día después en la página del CJF. Debe recalcarse que la negativa del CFJ no impide que la asociación solicite nuevamente el registro.

En virtud de la importancia del objeto social, tal como se expuso en párrafos anteriores, se presentan unos ejemplos de objetos sociales que ya fueron aprobados por CJF para efectos de estar en el registro y, a nuestra consideración, serían suficientes para acreditar interés legítimo en el juicio de amparo:¹⁷⁹

<p>APRENDER PRIMERO, A.C.¹⁸⁰</p>	<p>TERCERO.- La Asociación observará en todo caso las disposiciones de leyes de orden e interés público, y con carácter económico, pero sin constituir especulación mercantil, tendrá por objeto:</p> <p>a) Promover, impulsar, estudiar, coordinar, fomentar, proteger, defender legalmente y realizar cualquier actividad lícita en favor y en defensa de los derechos humanos, en especial el derecho a la educación, y de la adecuada prestación de los servicios públicos educativos, a través de todos los medios legales posibles, incluyendo la interposición de litigios o de cualquier clase de demandas ya</p>
---	---

¹⁷⁹ A nueve de marzo de dos mil dieciocho, existen 19 asociaciones civiles registradas ante el CJF. Este número no abarca a todas aquellas que pueden estar fungiendo, puesto que la lista del CFJ únicamente hace referencia a aquellas que solicitan acceder al fondo de la judicatura dedicado a las asociaciones civiles y su ejercicio en las acciones colectivas.

¹⁸⁰ De la muestra de asociaciones civiles aprobadas por el CJF, se elige ésta en particular por ser aquella asociación que estuvo involucrada en el criterio judicial de rubro: «INTERÉS LEGÍTIMO DE ASOCIACIONES CIVILES EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR EL DERECHO CUESTIONADO A LA LUZ DE LA AFECTACIÓN RECLAMADA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO». Su objeto social puede consultarse en la página del CJF: [https://www.cjf.gob.mx/registroAC/doctosAsocCiviles/319-aprender%20primero%20ac%20\(2\).pdf](https://www.cjf.gob.mx/registroAC/doctosAsocCiviles/319-aprender%20primero%20ac%20(2).pdf) Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

sea por afectación directa o por interés legítimo en la defensa del derecho a la educación, entendido centralmente como derecho a aprender, y ante todos los órdenes y niveles de gobierno y los tres poderes que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ante cualquier instancia administrativa, de información, de queja, impartición de justicia o tribunal, ya sea nacional o internacional, reformando las directrices de los tratados internacionales de derechos humanos, de tal forma que los derechos sean interpretados de manera que otorguen y favorezcan en todo tiempo a las personas la protección más amplia y de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad;

b) Realizar todos los actos tendientes a facilitar, formular, evaluar, analizar, dictaminar, apoyar, difundir y defender legalmente, de manera judicial o a través de cualquier otro medio legítimo, la transparencia en la gestión gubernamental, así como la transferencia y el ejercicio legal, equitativo y eficiente del gasto público educativo, la idoneidad de los docentes, los materiales y métodos educativos, la adecuada organización de las escuelas, la infraestructura escolar suficiente y los sistemas de evaluaciones de alumnos, docentes y del sistema educativo, así como las responsabilidades de los servidores públicos de los tres órdenes de gobierno en el cumplimiento de sus funciones; -----

c) Realizar, impulsar, publicar y dar a conocer por cualquier medio, investigación básica y aplicada, independiente, con el máximo posible de evidencia empírica, factibilidad y consistencia, enfocada al diseño, evaluación y difusión de modelos y estrategias de la defensa del derecho a la educación, y de las necesarias reformas legislativas y de otro tipo al Sistema Educativo Nacional que impulsen el desarrollo social para México; -----

d) Beneficiar a personas y asociaciones que incidan para lograr mejores condiciones de aprendizaje formal e informal y del ejercicio del derecho a la educación en las comunidades indígenas y a favor de los grupos vulnerables por edad, sexo o problemas de discapacidad; -----

e) Contratar y subcontratar cualquier clase de servicios profesionales, incluyendo servicios legales o de medios alternativos de solución de controversias, y/o de gestión, de asesoría, de investigación y similares, que coadyuven en el cumplimiento del objeto social; -----

f) Otorgar becas o patrocinar estudiantes e investigadores en el país o en el extranjero, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 98 (noventa y ocho) y demás relativos y aplicables de la Ley del Impuesto sobre la Renta, a saber: -----

i) Que las becas se otorguen para realizar estudios en instituciones de enseñanza que tengan autorización o reconocimiento de validez oficial de estudios en los términos de la Ley General de Educación o, cuando se trate de instituciones del extranjero, las mismas estén reconocidas por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; -----

ii) Que las becas se otorguen mediante concurso abierto al público en general y su asignación se base en datos objetivos relacionados con la capacidad académica del candidato; -----

iii) Que cumplan con los requisitos a los que se refieren las fracciones II (dos romano), III (tres romano), IV (cuatro romano), y V (cinco romano), así como el penúltimo y último párrafos del artículo 97 (noventa y siete) de esta Ley;-----

- g) Otorgar indemnizaciones, pagar manutención o proporcionar cualquier tipo de ayuda a las personas físicas y morales que pudiesen verse afectadas en sus intereses o patrimonios por coadyuvar en el cumplimiento del objeto social;
- h) Construir, edificar, comprar, vender, arrendar, recibir o dar en comodato o posesión, bajo cualquier título, bienes muebles e inmuebles, ya sea por cuenta propia o de terceros, así como la constitución de derechos reales sobre los mismos para el cumplimiento del objeto social de la Asociación. -----
- i) Constituir fideicomisos, celebrar contratos o convenios de colaboración o de cualquier otra naturaleza con particulares, instituciones de crédito o entidades gubernamentales necesarios o convenientes para el cumplimiento del objeto social de la Asociación .-----
- j) Obtener permisos, licencias y autorizaciones gubernamentales por cuenta propia o a través de terceros necesarios para llevar a cabo los fines de la Asociación. -----
- K) Suscribir, emitir, endosar y en general negociar toda clase de títulos de crédito necesarios para el cumplimiento de los fines de la Asociación. -----
- L) Contratar préstamos o créditos de cualquier naturaleza para coadyuvar al cumplimiento del objeto social, así como recibir garantías de terceros, en cualquier forma que juzgue conveniente, mediante el otorgamiento de garantías tales como fianzas, hipotecas, obligaciones solidarias y/o mancomunadas o de cualquier naturaleza. -----
- m) Adquirir y ceder derechos, así como adquirir o enajenar, de manera temporal o definitivamente, mediante cualquier modo permitido por la Ley, por cualquier título de marcas, patentes, nombres comerciales e industriales,

derechos de autor, opciones y licencias permitidas por la Ley, y en general todo tipo de derechos de propiedad intelectual. -----

n) Participar como asociado en la constitución funcionamiento y disolución de asociaciones e instituciones de asistencia. -----

En general, realizar toda clase de actos jurídicos o materiales, celebrar convenios o contratos y el cumplimiento de los mismos, que sean necesarios o convenientes para realizar los fines de la Asociación. -----

Todo lo anterior sin que constituyan actividades preponderantemente económicas. -----

ALCONSUMIDOR
PRIMERO, A.C.¹⁸¹

El objeto social para el que se constituye esta Asociación es: a) Crear una cultura del consumo sustentable, informado, equitativo, ético y responsable. b) Cambiar el comportamiento del consumidor de modo que participe activamente en la defensa de los derechos humanos, que en su carácter de consumidor detenta. c) Cambiar el comportamiento empresarial de modo que se cree y se practique una cultura de responsabilidad social corporativa que redunde en beneficios para los consumidores. d) Brindar asistencia jurídica a los consumidores y usuarios de bienes o servicios que correspondan a los sectores de las telecomunicaciones, la teleinformática, energía y transporte, así como a aquellos sectores o industrias adicionales, que determine

¹⁸¹ Se cita esta asociación dada la relevancia histórica de esta, puesto que esta asociación fue una fuerte promotora del proceso legislativo que culminó en la creación del Libro Quinto del CFPC. Consultable en la página del CJF: <https://www.cjf.gob.mx/registroac/pantallas/iuDetalleAC.aspx> Consultado el nueve de marzo de dos mil dieciocho.

la Asamblea General de Asociados. e) Fomentar acciones que mejoren la economía popular a través de un consumo más informado y razonado. f) Asesorar, orientar, capacitar y defender a personas, sectores y regiones de escasos recursos, comunidades indígenas y grupos vulnerables por edad, género, o discapacidad, en su calidad de consumidores o usuarios, mediante la asistencia jurídica, apoyo y representación de los mismos. g) Promover la participación organizada de la ciudadanía en asuntos relacionados con el consumo, que sean de interés público. h) Defender, por todos los medios legales, judiciales y extrajudiciales que resulten procedentes, los derechos e intereses de consumidores o usuarios, mismos que constituyen derechos humanos. i) Ejercitar las acciones administrativas y judiciales ya sea como parte procesal, tercero perjudicado o como mandataria de consumidores en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos en que estén en juego los intereses y derechos de los usuarios y consumidores. j) Divulgar, publicar, memorias, informes, folletos, revistas, suplementos, artículos de opinión, notas de prensa, etcétera, relativos a la correcta utilización por parte de los consumidores y usuarios, de los productos y servicios en general o cualquier otra materia relacionada con los mismos. k) Promover, por todos los medios a su disposición, la educación del consumidor y el usuario, mediante la organización de seminarios, cursos de capacitación, conferencias presenciales o por medios electrónicos. l) Representar a los consumidores y usuarios y comparecer ante toda clase de dependencias centralizadas, órganos autónomos, órganos desconcentrados, organismos descentralizados y empresas paraestatales de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal, o Consejos Consultivos de dichas Administraciones, así como los Poderes

Legislativo y Judicial federales, estatales o municipales, y ante cualesquiera personas físicas o morales privadas o del sector social que tengan relación con la proveeduría de bienes y servicios en general, con el fin de asegurarse que la perspectiva de los consumidores se considere en la normatividad y políticas públicas. m) Realizar o participar en la elaboración de proyectos normativos que protejan eficazmente los derechos de los consumidores y usuarios de modo que existan medidas reales de aseguramiento, tasación, mediación, probanza y resarcimiento o cualquier otra medida adecuada para comprobar la cantidad y calidad de los bienes y servicios suministrados y revertir calidad de los bienes y servicios suministrados y revertir las situaciones de inferioridad, indefensión en que puedan encontrarse, individual o colectivamente, los consumidores o usuarios. n) Participar en las consultas públicas, acciones colectivas y los procedimientos legales para la expedición de las disposiciones normativas de carácter general o la defensa de los derechos que afecten a los consumidores y usuarios.



CONCLUSIONES

1. El objetivo del trabajo en primera instancia es mostrar un panorama de las herramientas jurídicas existentes para que una persona pueda obtener la indemnización de daños patrimoniales en su esfera jurídica, respecto a violaciones al artículo 28 Constitucional. El presente estudio se realiza con el material existente en el poder judicial respecto a reclamación de daños por prácticas monopólicas, el cual tiene pocos antecedentes y actualmente se encuentra en juego la reclamación de daños por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social contra diversos laboratorios.

2. La materia de competencia económica resulta ser muy especializada dentro de la materia administrativa, aunque, el suscriptor considera que esta materia es una materia independiente de la materia administrativa, en virtud de la especialización de sus conceptos, su doctrina propia, aunado a que el órgano garante es un órgano constitucional autónomo, así como que la normativa sustancial de la materia es autónoma de las normas de derecho administrativo y entra por suplencia el CFPC.

3. A diferencia de lo planteado por otros autores, sí es posible la reclamación de daños por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, en los términos de

la Ley Federal de Competencia Económica, aunado al vislumbramiento de otras vías, como puede ser la vía de amparo o la vía administrativa, por medio de las acciones de responsabilidad patrimonial del Estado.

4. Se reitera la importancia del papel de la sociedad civil y en particular de los abogados que, en defensa de los intereses de sus clientes, será idóneo el involucrar en su bagaje de servicios el de la defensa de la libre competencia y libre concurrencia en materia de competencia económica. Ello, no sólo llevaría a que en lo individual se respeten sus derechos patrimoniales, sino que incluso genera un cambio de incentivos en el comportamiento de los agentes económicos en la dirección de buscar el desarrollo de sus empresas e incursionamiento en distintos mercados, por medio del desarrollo de eficiencias y producción, lo anterior en contraposición del empresario exitoso en virtud de las dádivas del gobierno. En palabras de Alejandra Palacios, *una sociedad donde impera la libre competencia, es una sociedad de derechos y no de privilegios.*



BIBLIOGRAFÍA

- Abel Rivera, Miguel Flores, Pedro Isaac Alcalá y José Panero. EL DESAFÍO DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA. Editorial Centro de Investigación para el Desarrollo, México 2014.
- Amílcar Peredo Rivera, COMPETENCIA ECONÓMICA. TEORÍA Y PRÁCTICA. México, Porrúa, 2004.
- Areeda, P; Hovenkamp, H. ANTITRUST. Editorial Wolters Kluwer Law & Business, Quinta Edición, EE. UU. 2016.
- Arellano García, Carlos. DERECHO PROCESAL CIVIL. Décima Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 2016.
- Azúa Reyes, Sergio T. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2005.
- Catena Moreno, Victor; y otros. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL. cuarta edición 2003.
- Chávez Castillo, Raúl, JUICIO DE AMPARO. Segunda Edición, Editorial Oxford, México 2001.
- Döhrring, Erich. LA PRUEBA. Vallerta Ediciones, Argentina 2003.
- González de Cossio, Francisco. COMPETENCIA ECONÓMICA. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Editorial Porrúa, México.
- Hessen, Juan, TEORIA DEL CONOCIMIENTO. Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2003.
- Massimo Motta, COMPETITION POLICY. THEORY AND PRACTICE. European University Institute, Florence and University Pompeu Fabra, Barcelona. Cambridge University Press. New York.
- Messineo, Francesco. MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. VOLÚMEN II. Primera Edición, Editorial Oxford, México 2003.
- Orozco Gómez, Javier. EL MARCO JURÍDICO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS. Editorial Porrúa, México 2001.
- Ovalle Favela, José. DERECHO PROCESAL CIVIL. Novena Edición, Editorial Oxford, México 2007.
- Pacheco Pulido, Guillermo. EL SECRETO EN LA VIDA JURIDICA. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- Pérez Miranda, Rafael. PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA EN MEXICO. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1999.

- Pina Vara, Rafael de. DERECHO MERCANTIL MEXICANO. Trigésima Edición, Editorial Porrúa, México 2005.
- Quiroz Acosta, Enrique. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- Roldán Xopa, José; Mena Labarthe, Carlos. COMPETENCIA ECONÓMICA, Estudios de Derecho, Economía y Política. Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenauer Stiftung. DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN, TOMO I Y II. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, México, 2013. Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner.



Esta TESIS titulada,
*Análisis Jurídico de la Reclamación de Daños por Violación
al Artículo 28 Constitucional en Materia Mercantil*
fue escrita por José Homero de la Fuente Ceja
por parte de la Facultad de Derecho, UNAM.
Este libro fue impreso en la CDMX
en algún momento del año 2018.