

00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

División de Estudios Superiores

MONOPOLIZACIÓN EN MÉXICO Y
EN LA UNIÓN AMERICANA

289434

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA EL
M.D. SERGIO ERNESTO CASANUEVA REGUART

MÉXICO, D.F.

SEPTIEMBRE 2001



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.

RESUMEN EN ESPAÑOL

Alumnos de maestría y doctorado

Esta tesis abarca un estudio comparativo, comprensivo, entre los regímenes jurídicos de la monopolización y de la competencia en México y en los Estados Unidos de América. Las políticas de la monopolización y de la competencia deben ser integradas dentro de un esquema general de política regulatoria. Las citadas políticas son centrales para una reforma regulatoria, porque sus principios y análisis proveen una directriz para evaluar la calidad de las regulaciones económicas y sociales, así como una motivación para aplicar las leyes que protegen la competencia. México ha adoptado una moderna política de competencia como parte de un mayor, y deliberado esfuerzo de abrir su economía a la economía mundial. Aún cuando mucho ha sido realizado, el papel de la política de competencia en el citado proceso se está estableciendo apenas. Los esfuerzos de la legislación de competencia en México, de incorporar análisis económico reciente con la intención de promover eficiencia, son bastante nuevos. La tradición proteccionista y de control estatal es mucho más antigua. En el sector privado, grandes grupos corporativos aún se resisten a la creciente competencia doméstica. Múltiples firmas nuevas que le deben su existencia al proceso de liberalización apoyan a las autoridades antimonopólicas, pero el público en general, todavía no. La atención de los problemas de competencia y monopolización requieren profundización.

RESUMEN EN INGLES

Alumnos de doctorado

Resumen de la tesis:

(maximo 250 palabras)

This thesis encompasses a comprehensive comparative study between the monopolization and competition laws of Mexico and those of the United States of America. The monopolization and competition policies should be integrated into the general policy framework for regulation. Competition policy is central to regulatory reform, because its principles and analysis provide a benchmark for assessing the quality of economic and social regulations, as well as motivate the application of the laws that protect competition. Mexico has adopted a modern competition policy as part of a larger, deliberate effort to open itself to the world economy. Though much has been done, competition policy's role in the process is still being established. The competition law, incorporating up-to-date economic analysis intended to promote efficiency, is new. The tradition of state control and protection is much older. In the government, arguments for the protection and promotion of competition confront traditional arguments for the protection of incumbent national firms. In the private sector, larger businesses resist the introduction of significant domestic competition. Many newer firms that owe their existence to the liberalising process support competition enforcement, but in the larger public, interest and support are less clear.

INDICE

	Pág.
PRÓLOGO	i
CAPÍTULO I	
1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL MONOPOLIO.	1
1.1 MONOPOLIZACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO MEXICANO.	8
1.2 LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y EL MONOPOLIO.	12
1.3 MONOPOLIO EN LA LEGISLACION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.	22
1.3.1 Conceptos Básicos.	22
1.3.1.1 Introducción.	22
1.3.1.2 Estructura de mercado.	22
1.3.1.2.1 Tipos de mercados.	22
1.3.1.2.2 Concentraciones de vendedores.	23
1.3.1.2.2.1 Industrias atomistas.	23
1.3.1.2.2.2 Industrias monopolistas.	24
1.3.1.2.2.3 Industria oligopolista.	24
1.3.1.2.3 Diferenciación de productos.	25
1.3.1.3 Factores que favorecen la consolidación.	26
1.3.1.3.1 Introducción.	26
1.3.1.3.2 Comparación con los carteles.	26
1.3.1.3.3 Condiciones necesarias para que ocurra la consolidación.	26
1.3.1.4 Economías de escala.	27
1.3.1.4.1 Introducción.	27
1.3.1.4.2 El significado de la "economía de escala".	27
1.3.1.4.3 Argumentos relativos a la economía de escala.	28
1.3.1.4.3.1 Introducción.	28
1.3.1.4.3.2 Costos de producción más bajos.	28
1.3.1.4.3.3 Ineficiencia de los costos de venta.	28
1.3.1.4.3.3.1 Gastos de publicidad.	28
1.3.1.4.3.3.2 El productor y el publicista crearon la demanda del consumidor.	28
1.3.1.4.3.4 Factor de costos.	29
1.3.1.4.3.5 Motivo de ganancias de las grandes empresas.	29
1.3.1.4.3.6 Cantidad de investigación.	29
1.3.1.4.3.7 Pequeñas y grandes empresas.	29
1.4 MONOPOLIZACIÓN.	30
1.4.1.... Primeros casos.	30
1.4.1.1 "Regla de razón" en los casos de monopolización Standard Oil Co. Vs Estados Unidos de América, 221 U.S. 1 (1911).	30
1.4.1.1.1 Hechos.	30
1.4.1.1.2 Litis.	31
1.4.1.1.3 Resolución.	31
1.4.1.1.4 Comentario.	32
1.4.1.2 Caso similar.	33
1.4.1.3 La necesidad de una "regla de la lógica" en los casos de monopolización.	33
1.4.1.4 "Monopolización" Vs "intento de monopolizar".	34

	Pág.	
1.4.1.5	El requerimiento de intencionalidad.	34
1.4.1.6	Recursos en casos de monopolización.	36
1.4.1.7	El poder efectivo en el comercio – Estados Unidos de América Vs. United States Steel Corporation, 251 U.S. 417 (1920).	36
1.4.1.7.1	Hechos.	36
1.4.1.7.2	Litis.	37
1.4.1.7.3	Resolución.	37
1.4.1.7.4	Comentario.	37
1.4.1.8	Diferencias en el tratamiento de carteles y monopolios.	38
1.4.1.8.1	Diferencias administrativas.	38
1.4.1.8.2	Adquisición de poder de mercado a través de medios normales.	38
1.4.1.8.3	Beneficios económicos.	38
1.4.1.9	"Tensión en la intención o prueba en el propósito".	39
1.5	ADQUISICIÓN ILEGAL DE PODER MONOPÓLICO.	39
1.5.1....	El problema de la intención reencontrado – Estados Unidos Vs. "Aluminium Co. of America", 148 F. 2d 416 (2d Cvr. 1945).	39
1.5.1.1	Hechos.	39
1.5.1.2	Litis.	40
1.5.1.3	Resolución.	40
1.5.2....	Breves comentarios.	42
1.6	USO ILEGAL DEL PODER MONOPÓLICO.	42
1.6.1....	Introducción.	42
1.6.2....	Uso del poder monopólico sin intencionalidad de monopolizar – United States Vs. Griffith, 334 U.S. 100 (1948).	43
1.6.2.1	Hechos.	43
1.6.2.2	Litis.	43
1.6.2.3	Resolución.	43
1.6.2.4	Reenvío.	44
1.6.2.5	Comentarios.	44
1.6.3....	Prácticas comerciales normalmente permitidas llegan a ser ilegales cuando son conducidas por un monopolista – United Stated Vs, United Shoe Machinery Corporation, 110F. Supp. 295, aff's per curiam, 347 U.S. 521 (1954).	45
1.6.3.1	Hechos.	45
1.6.3.2	Litis.	46
1.6.3.3	Resolución.	46
1.6.3.4	Recursos.	47
1.6.3.5	Revisión de resultados.	47
1.6.3.6	Comentarios.	48
1.7	INTEGRACIÓN VERTICAL Y RELACIONES CON COMPETIDORES.	49
1.7.1....	Control de monopolios a través de la integración vertical.	50
1.7.2....	Control de monopolios a través del desarrollo de nuevos productos relacionados a productos monopolizados.	50
1.7.3....	Deber de cooperación de los monopolios con los competidores – Aspen Skiing Co. Vs. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).	51
1.7.3.1	Hechos.	51
1.7.3.2	Litis.	52
1.7.3.3	Resolución.	52
1.8	VALOR PREDATORIO – BARRY WRIGHT CORP. VS. ITT GRINNELL CORP., 274 F2d 277 (1st CIR. 1983).	54
1.8.1....	Hechos.	54

1.8.2.... Litis.	55
1.8.3.... Resolución de la litis.	55

CAPÍTULO II

2. MONOPOLIZACIÓN.	58
2.1 POSICIÓN DOMINANTE.	58
2.2 MONOPOLIZACIÓN HORIZONTAL.	60
2.2.1 Acuerdos Tendientes a la Fijación de Precios (fracción I, del artículo 9).	64
2.2.2 Acuerdos de Cártel (fracción II, del artículo 9).	66
2.2.3 Acuerdos de División de Mercados (fracción III, del artículo 9).	67
2.2.4 Manipulación de licitaciones, concursos, subastas o Almonedas públicas (fracción IV, del artículo 9).	68
2.2.4.1 Supresión de posturas.	70
2.2.4.2 Posturas sombra, complementarias, protectoras o cubiertas.	70
2.2.4.3 Rotación de posturas.	70
2.3 MONOPOLIZACIÓN HORIZONTAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. LIMITACIONES HORIZONTALES AL COMERCIO: COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES.	71
2.3.1 Desarrollo inicial de la regla de la razón: ilegalidad per se de la fijación de precios.	71
2.3.1.1 Introducción.	71
2.3.1.2 Antecedentes de los carteles.	71
2.3.1.2.1 Factores necesarios para un cartel efectivo.	71
2.3.1.2.2 Propósitos de los carteles.	72
2.3.1.3 Desarrollo de la Regla "Per se" sobre fijación de precios.	73
2.3.1.3.1 Introducción.	73
2.3.1.3.2 Reglas per se.	73
2.3.1.3.2.1 Reglas de prueba.	74
2.3.1.3.2.2 Prácticas que no son ilegales per se.	74
2.3.1.3.2.3 Limitaciones en las reglas per se.	74
2.3.1.4 Primeros casos.	74
2.3.1.4.1 La Ley Sherman hace ilegal "todos los contratos que restringen el comercio": Estados Unidos Vs. Trans Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).	74
2.3.1.4.1.1 Hechos.	75
2.3.1.4.1.2 Litis.	75
2.3.1.4.1.3 Resolución.	75
2.3.1.4.2 Restricciones accesorias sostenidas – Estados Unidos Vs. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898).	76
2.3.1.4.2.1 Hechos.	76
2.3.1.4.2.2 Litis.	76
2.3.1.4.2.3 Resolución.	76
2.3.1.4.2.4 Comentario.	77
2.3.1.5 Propósito o intento de restricción – Estados Unidos Vs. Addyston Pipe & Steel Co., 175 U.S. 211 (1899).	77
2.3.1.5.1 Hechos.	77
2.3.1.5.2 Litis.	78
2.3.1.5.3 Resolución.	78

2.3.1.6	Fijación de precios y la regla de la razón: Chicago Board of Trade Vs. Estados Unidos, 246 U.S. 231 (1918).	79
2.3.1.6.1	Hechos.	79
2.3.1.6.2	Litis.	80
2.3.1.6.3	Resolución.	80
2.3.1.6.4	Comentario.	82
2.3.1.7	Irracionalidad per se de la fijación de precios: Estados Unidos Vs. Tenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).	82
2.3.1.7.1	Hechos.	82
2.3.1.7.2	Litis.	83
2.3.1.7.3	Resolución.	83
2.3.1.7.4	Comentario.	84
2.3.1.8	Reafirmación de Trenton: Estados Unidos Vs. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940=).	85
2.3.1.8.1	Hechos.	85
2.3.1.8.2	Litis.	86
2.3.1.8.3	Resolución.	86
2.3.1.8.4	Comentario.	88
2.4	ENFOQUE MODERNO PARA DETERMINAR SI LAS RESTRICCIONES SON RAZONABLES.	89
2.4.1	Introducción.	89
2.4.2	Restricciones Competitivas además de la Fijación de Precios.	89
2.4.2.1	Limitaciones a la producción.	90
2.4.2.2	División del territorio de ventas.	90
2.4.2.3	División del mercado por clase de cliente.	90
2.4.2.4	Efectos de convenios anticompetitivos.	90
2.4.3	Divisiones territoriales: Estados Unidos Vs. Topco Associates, Inc. 405 U.S. 596 (1972).	91
2.4.3.1	Hechos.	91
2.4.3.2	Litis.	92
2.4.3.3	Resolución	92
2.4.3.4	Inconformidad.	93
2.4.3.5	Reenvío de la causa.	93
2.4.4	Doctrina de Productos Independientes: Broadcast Music, Inc. Vs. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979).	93
2.4.4.1	Hechos.	93
2.4.4.2	Litis.	94
2.4.4.3	Resolución.	94
2.4.5	Fijación de precios máximos por los Médicos: Arizona Vs. Mariposa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).	95
2.4.5.1	Hechos.	95
2.4.5.2	Litis.	96
2.4.5.3	Resolución.	97
2.4.6	Canon de Ética: National Society of Professional Engineers Vs. Estados Unidos, 435 U.S. 679 (1978).	99
2.4.6.1	Hechos.	99
2.4.6.2	Litis.	99
2.4.6.3	Resolución.	99
2.4.6.4	Concurrencia.	100
2.4.7	Restricciones Horizontales Necesarias: National Collegiate Athletic Association Vs. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).	100
2.4.7.1	Hechos.	100
2.4.7.2	Litis.	101
2.4.7.3	Resolución.	102

	Pág.
2.4.8 Coinversiones.	104
2.4.8.1 Coinversión.	104
2.4.8.2 Importancia de la restricción.	104
2.4.8.3 Varias dimensiones.	104
2.4.8.4 La Ley Nacional de Investigación Cooperativa del año 1984.	105
2.5 EL REQUERIMIENTO DE CONVENIO UN ACUERDO.	105
2.5.1 Introducción.	105
2.5.2 Oligopolio, liderazgo en el precio y paralelismo consciente.	106
2.5.2.1 Teoría económica.	106
2.5.3 Convenios expresos inferidos y tácitos.	108
2.5.3.1 Prueba de acuerdo o conspiración.	108
2.5.3.2 La conspiración establecida desde la conducta – Interstate Circuit, Inc. Vs. United States, 306 U.S. 208 (1939).	108
2.5.3.2.1 Hechos.	108
2.5.3.2.2 Litis.	109
2.5.3.2.3 Resolución.	109
2.5.3.2.4 Comentario.	110
2.5.3.3 Acción Independiente pero Uniforme – Theatre Enterprise Vs. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954).	110
2.5.3.3.1 Hechos.	110
2.5.3.3.2 Litis.	111
2.5.3.3.3 Resolución.	111
2.5.3.3.4 Comentario.	112
2.5.3.4 Course of Dealing – American Tobacco Co. Vs. United States 328 U.S. 781 (1946).	112
2.5.3.4.1 Hechos.	112
2.5.3.4.2 Litis.	113
2.5.3.4.3 Resolución.	113
2.5.3.4.4 Comentario.	113
2.5.4 Conspiración al interior de la Empresa.	115
2.5.4.1 Introducción.	115
2.5.4.2 Parent – Subsidiary Rule – Copperweld Corp. Vs. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).	116
2.5.4.2.1 Hechos.	116
2.5.4.2.2 Litis.	116
2.5.4.2.3 Resolución.	116
2.6 DENEGACIÓN DE TRATO CONCERTADA.	119
2.6.1 Acuerdos de trato colectivo exclusivos.	119
2.6.1.1 Introducción.	119
2.6.1.2 La regla general.	119
2.6.2 Convenios de boicot colectivo.	119
2.6.2.1 Introducción.	119
2.6.2.2 Convenios expresos para negociar (tratar) como un grupo – Paramount Famous Lasky Corp. Vs. United States 282 U.S. 30 (1930).	120
2.6.2.2.1 Hechos.	120
2.6.2.2.2 Litis.	120
2.6.2.2.3 Resolución.	120
2.6.2.2.4 Comentario.	121
2.6.2.3 Conspiración inferida – East States Retail Lumber Dealer's Association Vs. United States, 234 U.S. 600 (1914).	121
2.6.2.3.1 Hechos.	121
2.6.2.3.2 Litis.	121
2.6.2.3.3 Sostenido.	122

	Pág.
2.6.2.4 Denegación de trato por válidas razones de negocio – Cement Manufacturers Protective Association Vs. United Estates 268 U.S. 588 (1925).	122
2.6.2.4.1 Hechos.	122
2.6.2.4.2 Litis.	123
2.6.2.4.3 Resolución.	123
2.6.2.4.4 Comentario.	123
2.6.2.5 Boicot de grupo ilegal per se – Fashion Originator’s Guild Vs. FTC, U.S. 457 (1941).	123
2.6.2.5.1 Hechos.	123
2.6.2.5.2 Litis.	124
2.6.2.5.3 Resolución.	124
2.6.2.6 No es requerido el daño público – Klor’s Inc. Vs. Broadway – HALE Stores, 359 U.S. 207 (1959).	125
2.6.2.6.1 Hechos.	125
2.6.2.6.2 Litis.	125
2.6.2.6.3 Resolución.	126
2.6.2.6.4 Comentarios.	126
2.6.3 Convenios de Cuello de Botella.	127
2.6.3.1 Introducción.	127
2.6.3.2 Regla general.	127
2.6.3.3 Acceso al mercado de valores – Silver Vs. New York Stocked Exchange, 373 U.S. 341 (1963).	127
2.6.3.3.1 Hechos.	127
2.6.3.3.2 Litis.	128
2.6.3.3.3 Resolución.	128
2.6.3.3.4 Desentimiento.	129
2.6.3.4 Acceso a las noticias – Associated Press Vs. U.S.A., 326 U.S. 1 (1945).	129
2.6.3.4.1 Hechos.	129
2.6.3.4.2 Litis.	130
2.6.3.4.3 Resolución.	130
2.6.3.5 Exclusión de una cooperativa mayorista de distribuidor Northwest Wholesale Stationers Vs. Pacific Stationary & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).	130
2.6.3.5.1 Hechos.	131
2.6.3.5.2 Litis.	132
2.6.3.5.3 Resolución.	132
2.6.3.6 Negativa concertada respecto a proporcionar información . FTC Vs. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).	134
2.6.3.6.1 Hechos.	134
2.6.3.6.2 Litis.	134
2.6.3.6.3 Resolución.	134

CAPÍTULO III

3. MONOPOLIZACIÓN VERTICAL	138
3.1 DIVISIÓN VERTICAL DE MERCADOS (FRACCIÓN I, DEL ARTÍCULO 10).	143
3.2 RESTRICCIONES AL PRECIO O CONDICIONES DE REVENTA (FRACCIÓN II, DEL ARTÍCULO 10).	144
3.3 VENTAS ATADAS (FRACCIÓN III, DEL ARTÍCULO 10).	145
3.4 OBLIGACIÓN DE TRATO EXCLUSIVO (FRACCIÓN IV, DEL ARTÍCULO 10).	146

	Pág.	
3.5	DENEGACIÓN DE TRATO (FRACCIÓN V, DEL ARTÍCULO 10).	148
3.6	BOICOT (FRACCIÓN VI, DEL ARTÍCULO 10).	149
3.7	OTRAS PRÁCTICAS RELATIVAS NO EXPRESAMENTE SEÑALADAS EN LA LEY (FRACCIÓN VII, DEL ARTÍCULO 19).	150
	3.7.1 Discriminación de precios.	152
	3.7.2 Depredación de precios.	152
3.8	CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.	153
	3.8.1 Mercado Relevante.	159
	3.8.2 Poder Sustancial.	164
	3.8.3 Monopolio y el problema para definir "Mercado" en la legislación de E.U.A.	173
	3.8.3.1 Introducción.	173
	3.8.3.1.1 Importancia del mercado.	173
	3.8.3.1.2 Poder en el mercado.	173
	3.8.3.1.3 Conducta comercial.	174
	3.8.3.2 El problema.	174
	3.8.3.3 Consideraciones teóricas en la definición de la importancia del mercado.	174
	3.8.3.3.1 Sustitución de productos.	174
	3.8.3.3.2 Consideraciones geográficas.	175
	3.8.3.3.3 Acceso en la industria.	175
	3.8.3.4 Pruebas para el mercado importante.	175
	3.8.3.4.1 Introducción.	175
	3.8.3.4.2 Pautas del Departamento de Justicia.	176
	3.8.3.4.2.1 Mercado del producto.	176
	3.8.3.4.2.2 Suministro disponible.	176
	3.8.3.4.2.3 Mercado geográfico.	176
	3.8.3.4.2.4 Porción del mercado.	177
	3.8.3.4.3 Aplicación – Estados Unidos de América Vs. Aluminium Co. of America (ALCOA), 148 F.2d416 (2d Cir. 1945).	177
	3.8.3.4.3.1 Hechos.	177
	3.8.3.4.3.2 Litis.	178
	3.8.3.4.3.3 Resolución.	178
	3.8.3.4.4 La prueba de "intercambibilidad razonable" – Estados Unidos Vs. E.I. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).	179
	3.8.3.4.4.1 Hechos.	179
	3.8.3.4.4.2 Litis.	180
	3.8.3.4.4.3 Resolución.	180
	3.8.3.4.4.4 Disensión.	182
	3.8.3.4.4.5 Análisis del resumen.	183
	3.8.3.4.4.5.1 Opinión de la mayoría.	183
	3.8.3.4.4.5.2 La disensión.	185
3.9	INTENTOS PARA MONOPOLIZAR.	186
	3.9.1 Introducción.	186
	3.9.2 Rechazo a celebrar un convenio – Lorain Journal Co. Vs. Estados Unidos de América, 342 U.S. 143 (1951).	187
	3.9.2.1 Hechos.	187
	3.9.2.2 Litis.	187
	3.9.2.3 Resolución.	187
	3.9.2.4 Comentarios.	188
	3.9.3 Rechazo para la compra de bienes – Federal Trade Commission Vs. Raymond Bross. – Clark Co.	188

3.9.3.1	Hechos.	188
3.9.3.2	Litis.	188
3.9.3.3	Resolución.	188
3.9.4	Negativa en represalia al rechazo del convenio – Eastman Kodak Co. Vs. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927).	189
3.9.4.1	Hechos.	189
3.9.4.2	Litis.	189
3.9.4.3	Resolución.	190
3.9.5	Actos permisibles en la competencia para un monopolio natural de mercado – Union Leader Corp. Vs. Newspapers of New England, 284 f.2d 582 (1st Cir. 1960).	190
3.9.5.1	Hechos.	191
3.9.5.2	Litis.	191
3.9.5.3	Resolución.	192
3.9.5.4	Comentarios.	192
3.10	NULIDAD DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.	192
3.11	RESTRICCIONES AL FUNCIONAMIENTO EFICIENTE DE LOS MERCADOS.	196
3.12	LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA.	200
3.13	RESTRICCIONES VERTICALES EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.	206
3.13.1	Distribución Restringida.	206
3.13.2	La economía del mantenimiento del precio de reventa.	206
3.13.2.1	Definición.	206
3.13.2.2	Condiciones necesarias para el mantenimiento del precio de reventa.	206
3.13.2.3	Argumentos para el mantenimiento del precio de reventa.	206
3.13.2.3.1	Argumento político.	206
3.13.2.3.2	Distribuidores.	207
3.13.2.3.3	Fabricantes.	207
3.13.2.4	Argumento en contra del mantenimiento del precio de reventa.	207
3.13.3	La legislación antimonopolio y el mantenimiento del precio de reventa.	207
3.13.3.1	Determinación vertical del precio y acciones estatales.	207
3.13.3.1.1	Legislación sobre los primeros casos – Dr. Miles Medical Co. Vs. John Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).	207
3.13.3.1.1.1	Hechos.	208
3.13.3.1.1.2	Litis.	208
3.13.3.1.1.3	Resolución.	208
3.13.3.1.1.4	Comentario.	209
3.13.3.1.2	Otros casos de determinación vertical de precios.	209
3.13.3.1.3	Sistemas de agencia.	209
3.13.3.1.4	Precios máximos – Albrecht Vs. The Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).	210
3.13.3.1.4.1	Hechos.	210
3.13.3.1.4.2	Litis.	210
3.13.3.1.4.3	Resolución.	210
3.13.3.1.4.4	Concurrencia.	211
3.13.3.1.4.5	Disensión.	211
3.13.3.2	La reforma Miller – Tydings.	212
3.13.3.2.1	Introducción.	212

	Pág.
3.13.3.2.2 La ley federal – Miller Tydings Act. Fundamento de la Ley.	212
3.13.3.2.3 Comentario.	213
3.13.3.2.4 El McGuire Act (1952).	213
3.13.3.2.5 Apelación.	214
3.13.4 Restricciones territoriales y de consumidores.	214
3.13.4.1 Introducción.	214
3.13.4.2 Restricciones horizontales.	214
3.13.4.3 Restricciones verticalmente impuestas.	214
3.13.4.3.1 Derecho del fabricante de elegir a quién le venderá.	214
3.13.4.3.2 Único distribuidor – Packard Motor Car Co. Vs. Webster Motor Car Co., 243 F. 2d 418 (D.C. Cir. 1957).	216
3.13.4.3.2.1 Hechos.	216
3.13.4.3.2.2 Litis.	216
3.13.4.3.2.3 Resolución.	216
3.13.4.3.2.4 Disensión.	217
3.13.4.3.3 White Motor Co. y casos subsecuentes.	217
3.13.4.4 Efecto de tránsito del título – Continental T.V., Inc. Vs. GTE Sylvania, Inc., 433 E.U.A. 36 (1977).	218
3.13.4.4.1 Hechos.	218
3.13.4.4.2 Litis.	219
3.13.4.4.3 Resolución.	219
3.13.4.4.4 Conveniencia.	220
3.13.5 Agencia y relaciones similares.	220
3.13.5.1 Introducción.	220
3.13.5.1.1 Agencias – el caso de la General Electric. Estados Unidos Vs. General Electric Co., 272 E.U.A. 476 (1926).	221
3.13.5.1.2 Arreglos de Consignación.	221
3.13.5.2 Enfoque de consignación limitado – Simson Vs. Union Oil Co., 37 U.S. 13 (1964).	222
3.13.5.2.1 Hechos.	222
3.13.5.2.2 Litis.	222
3.13.5.2.3 Resolución.	222
3.13.5.2.4 Disensión.	223
3.13.5.2.5 Comentarios.	223
3.13.5.3 Última alternativa – Integración vertical.	226
3.13.6 Denegación de trato y mantenimiento de precio de reventa.	226
3.13.6.1 Introducción.	226
3.13.6.2 Ausencia de un contrato – United States Vs. Colgate y Co. 250 U.S. 300 (1919).	227
3.13.6.2.1 Hechos.	227
3.13.6.2.2 Litis.	227
3.13.6.2.3 Resolución.	227
3.13.6.2.4 Comentario.	228
3.13.6.3 Definición de "convenio" o "combinación" – United States Vs. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).	228
3.13.6.3.1 Hechos.	229
3.13.6.3.2 Litis.	229
3.13.6.3.3 Resolución.	229
3.13.6.3.4 Disensión.	229
3.13.6.3.5 Comentarios.	229

3.13.6.4	Fijando los máximos precios – Albrecht Vs. Herald Co., 390 E.U.A. 145 (1968).	230
3.13.6.4.1	Hechos.	230
3.13.6.4.2	Litis.	231
3.13.6.4.3	Resolución.	231
3.13.6.4.4	Disensión.	231
3.13.6.4.5	Comentario.	231
3.13.6.5	Reclamaciones de distribuidores al fabricante: Monsanto Co. Vs. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984).	232
3.13.6.5.1	Hechos.	232
3.13.6.5.2	Litis.	233
3.13.6.5.3	Resolución.	233
3.13.6.5.4	Comentario.	235
3.14	CONVENIOS ATADOS.	235
3.14.1	La ley Clayton.	235
3.14.2	Definición.	235
3.14.3	Requerimientos.	236
3.14.4	Desarrollo inicial en los casos de patentes.	236
3.14.4.1	El uso ilícito de patentes restringe la competencia.	236
3.14.4.1.1	Introducción.	236
3.14.4.1.2	Aplicación: Motion Picture Patents Co. Vs. Universal Film Manufacturing Co. 243 U.S. 502 (1917).	237
3.14.4.1.2.1	Hechos.	237
3.14.4.1.2.2	Litis.	237
3.14.4.1.2.3	Resolución.	237
3.14.4.1.2.4	Inconformidad.	238
3.14.4.2	Acción en contra del infractor del producto patentado al que se ata otro producto.	238
3.14.4.3	Acción en contra de un proveedor del producto atado.	238
3.14.5	Análisis de la Ley Clayton.	239
3.14.5.1	Primeros casos: United Shoe Machinery Corp. Vs. Estados Unidos, 258 U.S. 451 (1922).	239
3.14.5.1.1	Hechos.	239
3.14.5.1.2	Litis.	239
3.14.5.1.3	Resolución.	239
3.14.5.2	Estándares de calidad: International Salt Co. Vs. Estados Unidos, 332 U.S. 392 (1947).	240
3.14.5.2.1	Hechos.	240
3.14.5.2.2	Litis.	240
3.14.5.2.3	Resolución.	240
3.14.6	Análisis de la Ley Sherman.	241
3.14.6.1	Ley Sherman Vs. Ley Clayton: Times-Picayune Publishing Co. Vs. Estados Unidos, 345 U.S. 594 (1953).	241
3.14.6.1.1	Hechos.	241
3.14.6.1.2	Litis.	242
3.14.6.1.3	Resolución.	242
3.14.6.1.4	Comentario.	243
3.14.6.2	Definición de poder de mercado conforme ala Ley Sherman: Northern Pacific Railway Vs. Estados Unidos, 356 U.S. 1 (1958).	243
3.14.6.2.1	Hechos.	243
3.14.6.2.2	Litis.	243
3.14.6.2.3	Resolución.	243

3.14.6.2.4	Inconformidad.	244
3.14.7	Operaciones en Paquete: Estados Unidos VS. Loew's Inc., 371 U.S. 38 (1962).	244
3.14.7.1	Hechos.	245
3.14.7.2	Litis.	245
3.14.7.3	Resolución.	245
3.14.8	Definiciones, Defensas o Excepciones, Apalancamiento.	246
3.14.9	Ataduras permisibles: FTC Vs. Sinclair Refining Co., 261 U.S. 463 (1923).	246
3.14.9.1	Hechos.	246
3.14.9.2	Litis.	246
3.14.9.3	Resolución.	246
3.14.9.4	Comentario.	247
3.14.10	Especificación de estándares, no marca: IBM Vs. Estados Unidos, 298 U.S. 131 (1936).	247
3.14.10.1	Hechos.	247
3.14.10.2	Litis.	247
3.14.10.3	Resolución.	248
3.14.11	Regla de Industria Nueva.	248
3.14.12	Apalancamiento: United States Steel Corp. Vs. Fortner Enterprises, Inc., 429 U.S. 610 (1977).	249
3.14.12.1	Hechos.	250
3.14.12.2	Litis.	250
3.14.12.3	Resolución.	251
3.14.12.4	Opinión concurrente.	251
3.14.13	Dos enfoques a los convenios atados: Jefferson Parish Hospital District No. 2 Vs. Hyde, 446 U.S. 2 (1984).	251
3.14.13.1	Hechos.	251
3.14.13.2	Litis.	251
3.14.13.3	Resolución.	252
3.14.13.4	Opinión concurrente (O'Connor, J. Burger, C.J. Powell, Rehnquist, JJ).	253
3.14.14	Resumen.	255
3.14.14.1	Problema de caracterización.	255
3.14.14.2	Efecto apalancado.	256
3.14.14.2.1	Poder de mercado.	256
3.14.14.2.2	Una cantidad no insustancial del negocio.	257
3.14.14.2.3	Justificación y la regla per se.	257
3.15	TRATOS EXCLUSIVOS.	257
3.15.1	Introducción.	257
3.15.1.1	Integración vertical.	258
3.15.1.2	Contratos exclusivos.	258
3.15.1.2.1	Introducción.	258
3.15.1.2.2	Definición:	259
3.15.2	Una prueba Cuantitativa: Standard Oil Co. of California Vs. Estados Unidos, 337 U.S. 293 (1949).	259
3.15.2.1	Hechos.	259
3.15.2.2	Litis.	260
3.15.2.3	Resolución.	260
3.15.2.4	Inconformidad.	261
3.15.3	Prácticas de Comercio Desleal: FTC Vs. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392 (1953).	261
3.15.3.1	Hechos.	261

	Pág.
3.15.3.2 Litis.	262
3.15.3.3 Resolución.	262
3.15.3.4 Inconformidad.	262
3.15.4 Prueba Cualitativa: Rampa Electric Co. Vs. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961).	262
3.15.4.1 Hechos.	262
3.15.4.2 Litis.	263
3.15.4.3 Resolución.	263
3.15.4.4 Comentario.	264
3.15.5 Razones Comerciales.	265
3.15.6 Motivación del Comprador.	266
3.15.7 Sistemas Alternativos de Distribución.	266
3.15.8 Acciones de la Comisión Federal de Comercio: FTC Vs. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966).	266
3.15.8.1 Hechos.	266
3.15.8.2 Litis.	267
3.15.8.3 Resolución.	267
3.15.8.4 Comentario.	267
3.15.9 Regla de la razón.	267
3.15.10 Contratos de Representación o Agencia.	268

CAPÍTULO IV

4. LA CONCENTRACIÓN.	269
4.1 CONCENTRACIÓN A PARTIR DE LA ECONOMÍA.	273
4.1.1 Concentraciones verticales.	275
4.1.2 Concentraciones horizontales.	276
4.1.3 Concentraciones en conglomerado.	276
4.2 CONCENTRACIÓN A PARTIR DEL DERECHO.	276
4.3 ELEMENTOS DE LA CONCENTRACIÓN.	278
4.3.1 Las Concentraciones y sus concretizaciones.	279
4.3.1.1 La Fusión.	279
4.3.1.2 La Adquisición del Control.	280
4.3.1.3 Cualquier Acto por el cual se concentren.	282
4.3.1.3.1 Consorcio.	284
4.3.1.3.2 Konzern.	284
4.3.1.3.3 Holding.	285
4.3.1.3.4 Cártel.	286
4.3.1.3.5 Asociación en participación.	286
4.3.1.3.6 Constitución de sociedades.	287
4.3.1.3.7 Joint-venture.	288
4.3.1.3.8 Alianzas estratégicas.	288
4.3.1.3.9 Escisiones.	288
4.3.2 Elementos Materiales de las Concentraciones.	290
4.3.3 Elementos Personales de las Concentraciones.	292
4.4 LAS CONCENTRACIONES QUE DEBEN NOTIFICARSE.	295
4.4.1 Artículo 20 de la LFCE.	298
4.4.1.1 Análisis de la Fracción I del Artículo 20 de la LFCE.	298
4.4.1.2 Análisis de la Fracción II del Artículo 20 de la LFCE.	301
4.4.1.3 Análisis de la Fracción III del Artículo 20 de la LFCE.	303
4.4.2 Sujetos obligados a notificar.	304
4.4.3 Obligación previa de notificar.	306
4.4.3.1 Notificación previa de actos que impliquen Contratos Reales.	309

	4.4.3.2	Notificación previa de actos sucesivos.	310
	4.4.3.3	Notificación previa de fusiones.	312
	4.4.3.4	Notificación previa de actos sujetos a condición o término suspensivo.	316
	4.4.3.5	Notificación previa de actos preparatorios o de promesa.	318
4.5		PROCEDIMIENTOS DEL ARTÍCULO 21 DE LA LFCE.	319
4.6		ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES NOTIFICADAS.	334
	4.6.1	Elementos para determinar si la Concentración debe ser Impugnada, Sancionada o Condicionada.	336
	4.6.1.1	Definición de Mercado y Agentes Económicos que Abastecen ese Mercado.	337
	4.6.1.2	Grados de Concentración.	339
	4.6.1.3	Análisis de Poder Sustancial en el Mercado Relevante.	342
	4.6.1.4	Otros Criterios e Instrumentos Analíticos (fracción III del artículo 18).	344
	4.6.2	Indicios para determinar si la Concentración debe ser Impugnada, Sancionada o Condicionada.	345
	4.6.3	Concentraciones no preocupantes.	347
	4.6.4	Concentraciones en el ámbito internacional.	350
	4.6.5	Concentración no Objeto de Notificación.	353
	4.6.6	Inscripción de los Actos en el Registro Público de Comercio.	354
	4.6.7	Sanciones.	357
4.7		FUSIONES Y ASOCIACIONES EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.	359
	4.7.1	Efectos competitivos.	359
	4.7.1.1	Aplicación.	360
	4.7.2	Introducción al Derecho de Fusiones.	360
	4.7.2.1	El Decreto Sherman.	361
	4.7.2.1.1	Regla por sí misma. Per se rule.	361
	4.7.2.1.2	El tamaño solamente no es ilegal.	361
	4.7.2.1.3	El objetivo del mercado competitivo – United States Vs. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495 (1948).	361
	4.7.2.1.3.1	Hechos.	362
	4.7.2.1.3.2	Litis.	362
	4.7.2.1.3.3	Resolución.	362
	4.7.2.1.3.4	Disensión.	363
	4.7.2.1.3.5	Comentario.	364
	4.7.2.2	Clayton Act.	364
	4.7.2.2.1	Introducción.	364
	4.7.2.2.2	Términos de la fracción 7 del Clayton Act.	365
	4.7.2.2.3	Regla de la razón.	365
	4.7.2.2.4	Puede disminuir sustancialmente la competencia.	366
	4.7.2.2.5	Tipos de fusiones y adquisiciones.	366
	4.7.2.2.6	Aplicación de la fracción 7.	366
	4.7.3	Integración Vertical por medio de fusión o adquisición.	367
	4.7.3.1	Introducción.	367
	4.7.3.1.1	Para reducir los costos.	367
	4.7.3.1.2	Control.	367
	4.7.3.1.3	Efectos competitivos adversos.	367
	4.7.3.2	Efecto en la industria.	368
	4.7.3.2.1	Acción monopolizante – United States Vs. Yellow Cab., 332 U.S. 218 (1947).	368

	Pág.	
4.7.3.2.1.1	Hechos.	368
4.7.3.2.1.2	Litis.	369
4.7.3.2.1.3	Resolución.	369
4.7.3.2.1.4	Devolución.	370
4.7.3.2.1.5	Comentario.	370
4.7.3.2.2	Regla de la razón.	370
4.7.3.2.3	Amenaza para la integración.	370
4.7.3.3	Interés sobre parcialidad de acciones – United States Vs. E.I. DuPont de Nemours Co., 353 U.S. 586 (1957).	371
4.7.3.3.1	Hechos.	371
4.7.3.3.2	Litis.	371
4.7.3.3.3	Resolución.	371
4.7.3.4	La Prueba para la Competencia “Substancialmente menor” – Brown Shoe Co. Vs. United States, 370 U.S. 294 (1962).	372
4.7.3.4.1	Hechos.	372
4.7.3.4.2	Litis.	373
4.7.3.4.3	Resolución.	374
4.7.3.4.4	Comentario sobre la porción del mercado.	376
4.7.3.5	Lineamientos del Departamento de Justicia para la fusión – 1984.	376
4.7.3.5.1	Introducción.	376
4.7.3.5.2	Índice Herfindahl-Hirschman (HHI).	377
4.7.3.5.3	Aplicación de los lineamientos a las fusiones verticales.	378
4.7.3.5.4	Otras consideraciones.	378
4.7.4	Fusiones Horizontales.	379
4.7.4.1	Introducción.	379
4.7.4.2	Medidas de concentración.	379
4.7.4.2.1	Concentración total.	379
4.7.4.2.2	Concentración de industrias individuales.	379
4.7.4.3	Industrias concentradas.	380
4.7.4.3.1	Presunción de una estructura anticompetitiva.	380
4.7.4.3.2	Consideraciones en competencia.	380
4.7.4.4	Definiendo el mercado relevante.	381
4.7.4.4.1	Introducción – Brown Shoe Vs. United States, 370 U.S. 294 (1962).	381
4.7.4.4.2	Fuentes de abastecimiento – United States Vs. Bethlehem Steel Corp., 168 F. Supp 576 (S.D.N.Y. 1958).	382
4.7.4.4.2.1	Hechos.	382
4.7.4.4.2.2	Litis.	383
4.7.4.4.2.3	Resolución.	383
4.7.4.4.2.3.1	Mercado relevante.	383
4.7.4.4.2.3.2	Disminución de la competencia.	384
4.7.4.4.2.3.3	Defensa.	384
4.7.4.4.2.4	Comentario.	384
4.7.4.4.3	La doctrina de la empresa en quiebra.	384
4.7.4.4.3.1	Introducción.	384
4.7.4.4.3.2	Ejemplo – Citizen Publishing Co. Vs. United States, 394 U.S. 131 (1969).	385
4.7.4.4.3.2.1	Hechos.	385
4.7.4.4.3.2.2	Litis.	385

	Pág.
4.7.4.4.3.2.3 Resolución.	385
4.7.4.4.4 Prueba cuantitativa – United States Vs. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).	386
4.7.4.4.4.1 Hechos.	386
4.7.4.4.4.2 Litis.	386
4.7.4.4.4.3 Resolución.	386
4.7.4.4.4.4 Comentario.	388
4.7.4.4.5 Mercado del producto – United States Vs. Aluminum Co. of America (Rome Cable), 377 U.S. 271 (1964).	389
4.7.4.4.5.1 Hechos.	389
4.7.4.4.5.2 Litis.	389
4.7.4.4.5.3 Resolución.	389
4.7.4.4.5.4 Disensión.	390
4.7.4.4.5.5 Comentario.	391
4.7.4.4.6 Tendencias hacia la Concentración.	391
4.7.4.4.6.1 Introducción.	391
4.7.4.4.6.2 Ejemplo: Estados Unidos Vs. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966).	392
4.7.4.4.6.2.1 Hechos.	392
4.7.4.4.6.2.2 Litis.	392
4.7.4.4.6.2.3 Resolución.	393
4.7.4.4.6.2.4 Opinión concurrente.	393
4.7.4.4.6.2.5 Disensión.	393
4.7.4.4.6.2.6 Comentarios.	394
4.7.4.4.6.3 Mercado Geográfico. Estados Unidos Vs. Pabst Brewing Co., 384 U.S. 546 (1966).	394
4.7.4.5 Interpretación de Información Estadística.	395
4.7.4.5.1 Introducción.	395
4.7.4.5.2 Ejemplo – Estados Unidos Vs. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974).	395
4.7.4.5.2.1 Hechos.	395
4.7.4.5.2.2 Litis.	397
4.7.4.5.2.3 Resumen.	397
4.7.4.5.2.4 Disensión.	398
4.7.4.6 Directrices del Departamento de Justicia – Fusiones Horizontales.	399
4.7.4.6.1 Aplicación de las HHI a las fusiones horizontales.	399
4.7.4.6.2 Otros factores.	400
4.7.4.6.3 Impacto.	401

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES GENERALES

5. INEFICIENCIA DEL MONOPOLIO.

401

5.1 OBJETIVOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

401

CONCLUSIONES

406

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

410

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

414

PRÓLOGO

Este trabajo se realiza con el deseo de despejar algunas incógnitas derivadas del relativamente nuevo régimen jurídico mexicano en materia de competencia. Uno de los primeros antecedentes que se tienen en el mundo en materia de competencia y monopolios lo encontramos en la Constitución mexicana de 1857, en virtud de que su artículo 28 prohibía los monopolios. Esta norma constitucional antecedió a las primeras leyes de competencia de Canadá de 1889 y de los Estados Unidos de Norteamérica de 1890, no obstante, de que careció de aplicaciones. Este trabajo al alternar en su desarrollo a las legislaciones de México y de la Unión Americana pretende en una primera tesis demostrar la decisiva influencia que la legislación de los Estados Unidos de América tuvo en la legislación mexicana. No obstante, que quienes redactaron la Ley Federal de Competencia analizaron y reflexionaron en torno a la legislación europea, por cierto de fuerte influencia estadounidense. Los ejes de la ley mexicana giran en torno a las denominadas prácticas monopólicas absolutas y relativas, que para nosotros no son otra cosa que monopolizaciones horizontales y verticales. En segundo lugar, en torno al fenómeno de la monopolización hoy redesignada dominancia de un agente económico capaz de fijar precios, y en tercer lugar,

alrededor de las llamadas fusiones o concentraciones. Es decir, la estructura es, prácticamente, idéntica a la de nuestros vecinos del norte.

La política de competencia mexicana, es parte de un esfuerzo de reforma más amplio, iniciado a mediados de los 80's para sacar a la economía mexicana de una estructura proteccionista y centralista y a fin de desarrollar un cambio económico basado en el mercado. La política de competencia ha sido ahora concebida como una herramienta promotora y protectora de la libre competencia a diferencia de aquella política económica controladora de precios e inversión, por ello constituye un relativamente nuevo fenómeno en México.

Los objetivos de competencia de la nueva ley son claros: "proteger el precio competitivo y la libre participación en el mercado, previniendo y eliminando monopolios, prácticas monopólicas y otras restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Siguiendo a Joshua A. Newberg, quien cita analistas y tribunales de la Unión Americana, la legislación antimonopolios de Estados Unidos de América está hecha, en gran parte, a la medida de los jueces, en un esquema legal de variable claridad. Por ello, podemos asegurar que la función de los tribunales federales mexicanos, desde luego, que será tan íntegra y edificante o más ¿por qué no? que la que realizaron los tribunales federales estadounidenses en la interpretación y aplicación de las leyes antimonopólicas de aquel país. Se ha dicho que en Estados Unidos han sido necesarios decenios para desarrollar doctrinas "predecibles" de análisis legal para evaluar los monopolios. Si bien es cierto que

el desarrollo de una legislación mexicana antimonopolios lleva tiempo, yo pienso que ya empezamos a conducirnos por el camino idóneo.

Otra preocupación se relaciona con las tradiciones del sistema Civilista de México, el cual, a diferencia de la función decisional de los jueces en el "Common Law", limita al juzgador mexicano para gestar doctrinas legales antimonopólicas, en virtud de que en nuestro sistema tradicionalmente se ha encontrado limitado, puesto que nuestra jurisprudencia es supletoria.

En suma, se ha dicho que al tener una tradición diferente a la del "Common Law" tardaremos más en desarrollar un cuerpo legal antimonopólico mexicano, dentro de la estructura y espacios de la Ley Federal de Competencia mexicana.

La realidad es que ya son centenares los casos conocidos por la Comisión Federal de Competencia e ilustrativos los dictámenes emitidos por la Comisión respecto de empresas de variada escala económica, es más, ya desde el año de 1997 la Comisión Federal de Competencia ha venido revisando periódicamente las condiciones de competencia prevaleciente en el mercado relevante de la transportación aérea entre otros. Léase transportación verificada, esencialmente, por Mexicana y Aeroméxico, empresas que han venido siendo controladas por Cintra. Asimismo, se estableció que, para llevar a cabo esta supervisión, se evaluarían periódicamente las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado relevante del aerotransporte comercial de pasajeros. Antes de que entrara en vigor la Ley Federal de Competencia Económica, el Gobierno mexicano

autorizó que Aeroméxico, en mejor situación financiera aparente, adquiriera el control de su tradicional rival.

Esta concentración, sujeta por la Comisión a su aprobación de cualquier cambio de su estructura accionaria, se fundó en el planteamiento de que los bancos asociados en Cintra enfrentarían el saneamiento financiero de las aerolíneas, esta responsabilidad no se cumplió, en virtud de que diversos bancos acreedores cedieron sus acciones de Cintra al Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA). El gobierno y sus instituciones tienen una propiedad accionaria de alrededor del 55% del capital social de la empresa.

El grado de concentración en el mercado ha crecido significativamente a partir de que se autorizó la concentración, como consecuencia del incremento observado en la participación de las empresas de Cintra y de los problemas enfrentados por sus competidores. Esta situación ha contribuido a aumentar el poder sustancial de mercado de Cintra y a erosionar la competencia. En tanto que se ha restablecido la viabilidad económica de Aeroméxico y Mexicana, el proceso de competencia en el mercado ha sufrido un deterioro, además, la reestructuración financiera de las aerolíneas subsidiarias, no sólo ha disipado el riesgo de quiebra, sino que por exitosa, inclusive se llegó a plantear una multimillonaria colocación de acciones de la propia Cintra en diferentes mercados de valores. Sin embargo, la fuerza de las subsidiarias ha conllevado un incremento de su poder en el mercado frente a sus competidores. En virtud de las limitaciones que se establecen a compañías extranjeras para realizar vuelos de cabotaje en el territorio nacional. Reservando

el mercado de vuelos nacionales en exclusividad a empresas mexicanas. Beneficiando con ello a las compañías Aeroméxico y Mexicana en particular.

Igualmente, con el fin de fortalecer el proceso de apertura a la competencia en los servicios telefónicos, la Comisión investigó la posición de Telmex en los mercados respectivos. Con base en este procedimiento, en diciembre de 1997 se emitió declaratoria sobre el poder sustancial de Telmex en los mercados relevantes de servicios de telefonía básica local, de acceso e interconexión, transporte interurbano, larga distancia nacional y larga distancia internacional. Esta decisión fue confirmada en 1998 mediante la resolución del Pleno al recurso de reconsideración interpuesto por Telmex. La determinación de Telmex como agente con poder sustancial en los mercados citados permite a la Comisión Federal de Telecomunicaciones establecer las obligaciones específicas en materia de tarifas, calidad de servicios e información. El ejercicio de estas facultades por la autoridad regulatoria puede contribuir a evitar el desplazamiento de competidores eficientes y la misma imposición de barreras de entrada. Por otra parte, la declaratoria del mercado constituye un elemento importante en la evaluación de los efectos de la asignación de nuevos concesionarios de espectro radioeléctrico en la competencia.

La Comisión Federal de Competencia, y este es el corolario y las principales recomendaciones de esta tesis, debe fortalecerse en su estructura, y probablemente en sus recursos. El Gobierno mexicano reconoce el imperativo necesario de desplazar la economía de proteccionismos y privilegios, por ello la

calidad analítica de la legislación antimonopólica constituirá una fortaleza significativa. No obstante lo anterior y la relativa calidad de su factura, el régimen jurídico de la competencia en México sigue teniendo la gran debilidad de ser desconocida por las grandes mayorías mexicanas. Aún cuando se ha incrementado el número de denuncias todavía resultan cuantitativamente, sino cualitativamente, insuficientes. Aún cuando la Comisión Federal de Competencia ha tomado visibles y vigorosas acciones contra intereses económicos monopólicos, su posición sigue siendo estructuralmente débil; esas decisiones contra el poder del mercado de Telmex, sus acciones contra los abusos de Pemex, y sus resoluciones relacionadas con el poder de mercado de Cintra, pareciera que pudieron aparentar la fortaleza institucional de la Comisión. Sin embargo, la realidad muestra que esta Comisión puede alcanzar grados más elevados de dotación institucional con objeto de llevar a cabo con mayor fuerza y autonomía las tareas que la Ley en la materia recoge. La opinión de una entidad con poder decisorio y de mando independiente del Gobierno no ha podido ser consolidada. Habrá que profundizar, también, en la búsqueda de la eficiencia del proceso de los servicios de los agentes económicos, en virtud de que eso es uno de los beneficios potenciales de una sana ley y política de competencia. Será necesario profundizar en los recursos para remediar los efectos nocivos del excesivo poder del mercado. En suma habrá que revisar el marco regulatorio de la competencia para fortalecer el acceso de todos los agentes económicos a ejercer sus derechos que constituyen una verdadera garantía individual contra las prácticas monopólicas y depredadoras.

CAPÍTULO I

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL MONOPOLIO.

Un monopolio existe cuando una persona en lo individual compra acaparando toda una especie de mercancía, fijando el precio a su voluntad. "Monopolium" le denominaban los romanos en latín, pero ya desde Grecia el monopolio fue conocido como el poder único, el derecho único, o el privilegio de venta. Hoy en día continúa como un privilegio o peculiar ventaja investida en una o más personas o compañías, consistente en el derecho exclusivo o poder de realizar un negocio en particular, giro comercial, manufactura de algún artículo en particular, o control de venta de toda la oferta o suministro de una mercancía en particular. El monopolio también es una estructura de mercado en la cual una o solamente unas cuantas firmas dominan el total de las ventas de un producto o servicio estableciendo el precio.

Monopolio significa generalmente control total de la oferta y por lo tanto, del precio. La competencia pura por lo contrario exige que nadie posea control total.

Uno de los primeros antecedentes que se tienen en el mundo en materia de competencia y monopolios es la Constitución Mexicana de 1857 que prohibía su

existencia. Esta disposición constitucional precedió a las primeras legislaciones de competencia de Canadá (1889) y de los Estados Unidos de Norteamérica (1890), pero, no obstante lo anterior, careció de eficacia en su aplicación.

El artículo 28 de la Constitución de 1857, señala lo siguiente:

“No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección de la industria. Exceptúase únicamente a 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”.

Hace referencia Jorge Witker en su ensayo: *Prácticas Desleales y Prácticas Restrictivas* a una definición de monopolio que él considera como la más completa y que se encontraba en la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional, de 1934, “Se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial, y toda situación deliberadamente creada, que permite a una o varias personas determinadas imponer precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

En el ámbito del Derecho como en el de la Ciencia Económica se han gestado infinidad de definiciones de monopolio, una que contempla el ordenamiento legal mexicano, anterior a la LFCE, es la que estableció la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* a través de una tesis jurisprudencial:

"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, industrial o comercial y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase..."*¹

La existencia de un monopolista en cualquier mercado de bienes o servicios puede deberse a las causas más variadas. Una situación monopolística emerge en el mercado cuando median circunstancias propicias para ello; éstas pueden ser legales o tener origen en las características propias del mercado que se trate. Con base en estas circunstancias, podemos clasificar, de la siguiente manera, las causas que dan origen a los monopolios en los mercados de bienes y servicios:

¹ Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apéndice 1985, parte III, sección administrativa, tesis 237, p. 669.

I. Monopolios que se originan por las mismas circunstancias del mercado.

Se dan cuando los agentes económicos involuntariamente, y como consecuencia de las características propias del mercado, se convierten en los únicos oferentes de un bien o un servicio en una determinada región.²

La existencia de una empresa monopólica puede deberse a la incipiente demanda de una industria, en el sentido de que la misma no admite más que a un solo productor o a un solo prestador de servicios. Nos referimos, en este caso, a la producción de bienes o a la prestación de servicios que tienen poca demanda, por ejemplo, la producción, distribución y venta de leche de cabra. En la actualidad, han desaparecido la mayoría de las empresas que dedicaban sus actividades a la explotación de este bien, por lo menos en el área metropolitana, debido, entre otras causas, a la baja demanda de consumo. Este tipo de empresas son monopólicas en cuanto que sólo existe una en un mercado determinado, lo que no significa que incurran necesariamente en prácticas lesivas para los consumidores, pues existen bienes sustitutos que lo impiden. Este ejemplo también pone de manifiesto la importancia que adquieren los bienes sustitutos. En este caso, la tecnología ha puesto al

² Es importante advertir que este tipo de monopolios no necesariamente se encuentra en una situación de ilegalidad. El hecho de ser los únicos, no les permite incurrir en prácticas monopólicas que lesionen el desarrollo eficiente de los mercados.

alcance de los consumidores leche pasteurizada, pues presente menos riesgos para la salud.

Otro caso es el de empresas que tienen un conocimiento único sobre un determinado proceso de producción, lo que hace muy difícil que otras compitan en esa industria. Ejemplo de ello puede ser la *Cafiaspirina*, pues aunque la fórmula para elaborar este analgésico está patentada, ningún tercero tiene conocimiento de ella, por lo que no puede explotarla.³ Asimismo, estaría el caso de una empresa que al poseer un título de propiedad o concesión, es la única que puede explotar un determinado recurso natural, como un bosque o una mina, en una región específica.

También tenemos los casos de monopolios naturales. La teoría económica los define como aquellos sectores de la economía donde el costo de ofrecer un determinado volumen de producto es menor si lo produce una sola empresa, que si lo producen entre varias.⁴ Por lo tanto, en términos de bienestar social, sólo debe haber un proveedor en el mercado. Este fue por mucho tiempo el caso de la empresa Teléfonos de México, S.A. de C.V., pues la construcción de una red telefónica que permitía prestar el servicio de telefonía básica implica una gran inversión (costo fijo muy alto), pero el costo de conectar un teléfono

³ Evidentemente, este ejemplo también puede ser utilizado en el caso de monopolios que por mandato legal pueden serlo.

⁴ Steven T. Call y William L. Holahan, op. cit., p. 318.

más a la red es muy bajo y la capacidad de ésta muy grande. Esta argumentación sostiene que no tiene sentido construir dos redes que se superpongan.⁵ Sin embargo, en los últimos años el argumento del monopolio natural ha perdido fuerza, debido a que el desarrollo tecnológico permite la introducción de competencia en algunos segmentos del mercado, sobre todo el de telecomunicaciones. Este tipo de empresas reciben en la teoría económica el nombre de *monopolios naturales* o *monopolios tecnológicos* y, están sujetos a regulación por parte del Estado.⁶

Por último, una empresa eficiente puede desplazar a sus competidores, quizá porque los costos de entrada o los costos hundidos son lo suficientemente grandes para desalentar la entrada de nuevos competidores.

II. Monopolios por mandato legal

Generalmente pertenecen al gobierno y realizan actividades estratégicas.⁷ Reciben el nombre de constitucionales, pues la misma *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* así lo dispone por razones de interés público.

⁵ Esta misma situación se presenta en otros sectores relacionados con redes, como pueden ser la energía eléctrica, el agua potable, el gas entubado o los ferrocarriles.

⁶ Steven T. Call y William L. Holahan, *op cit.*, p. 318.

⁷ No todos los monopolios pertenecen al Estado y no todos realizan actividades estratégicas; así tenemos el caso de Teléfonos de México, S.A. de C.V. que ni pertenece al Estado ni realiza actividades estratégicas, pero sí es un monopolio permitido (temporalmente) por las leyes mexicanas.

Este tipo de monopolios permitidos por el ordenamiento jurídico mexicano serán analizados posteriormente.

III. Monopolios ilegales

Estos monopolios existen por haber desplazado indebidamente a los competidores o por no haberles permitido el acceso al mercado de que se trate. El comportamiento monopolístico ilegal de un agente económico puede deberse, entre otras razones, a una colusión entre los oferentes de un producto o un servicio, con el fin de coordinar sus decisiones de precios y producción. En la mayoría de los casos, estos acuerdos colusivos reciben el nombre de acuerdos de cártel y no tienen otro objeto más que el de eliminar la competencia y crear un monopolio colectivo en perjuicio de los consumidores. En general, dentro de esta categoría están todos aquellos monopolios que no estando expresamente permitidos por el ordenamiento jurídico, tienen por objeto, o efecto, disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Como podemos observar, en cada uno de los casos expuestos lo importante no es el número de empresas que participan en un mercado sino, primordialmente,

el comportamiento que observen y el grado de sustitución de los bienes o servicios alternativos.⁸

1.1 MONOPOLIZACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO MEXICANO.

¿Todo monopolio por su mera existencia está legalmente prohibido, o únicamente lo están aquéllos cuyo objeto o efecto es disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia?

En torno a este cuestionamiento en la actualidad se ha desarrollado un interesante debate. Rogelio López Velarde,⁹ afirma que todo monopolio o estanco, salvo los monopolios constitucionales, se encuentran prohibidos, aun en los casos donde pudiera argumentarse que determinado monopolio es benéfico para la economía en términos de precio, calidad y servicio. Por el contrario, autores como Gabriel Castañeda Gallardo son de la opinión de que un monopolio no es por sí mismo punible, sino que requiere que se dé un poder

⁸ "...es lo importante desde el punto de vista de la LFCE y de la teoría económica, pues como se mencionó aun cuando exista una sola empresa en un mercado, si hay sustitutos para el bien que se produce o para el servicio que se presta y es fácil que entren nuevas empresas, ésta no podrá comportarse como monopolio". (Javier Aguilar Alvarez de Alba, *Características esenciales de la Ley Federal de Competencia Económica en Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, Serie I: Estudios Económicos, núm. 24, México, 1994, p. 20-21.

⁹ El autor sostiene su afirmación con un razonamiento basado en la interpretación del artículo 8 de la LFCE. (Rogelio López Velarde Estrada, *op cit.*, p. 293).

dominante o sustancial y que, además, pueda abusar de tal situación en perjuicio del mercado en su conjunto.¹⁰

Sobre el particular, el precepto del artículo 28 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* prohíbe los monopolios, prácticas monopólicas y estancos en los términos y condiciones que establecen las leyes especiales. Además, en el mismo precepto se señala que la ley castigará severamente toda concentración o acaparamiento que tenga por objeto elevar los precios, así como todo acuerdo que pretenda evitar la libre competencia o la competencia. La ley reglamentaria del artículo 28 constitucional establece, en su artículo 8º, textualmente lo siguiente:

"Quedan prohibidos los monopolios y estancos, ...que, en términos de esta ley (LFCE), disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre competencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios".

De la simple lectura de este artículo se desprende que únicamente están prohibidos aquellos monopolios que disminuyan dañen o impidan la competencia y la libre competencia. *A contrario sensu*, aquéllos que no disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre competencia no están prohibidos y, por tanto, no son objeto de sanciones. Esto implica que la misma

¹⁰ Gabriel Castañeda Gallardo, *op. cit.*, p. 675.

ley reconoce que en algunos casos los monopolios pueden ser eficientes y propiciar un bienestar social.¹¹

“La nueva Ley Federal de Competencia Económica constituye, como señala el profesor Dr. Ruperto Patiño Manffer una nueva ley reglamentaria del Artículo 28 de la Constitución Mexicana, en materia de Competencia Económica, Monopolio y Libre Concurrencia, tal como lo dispone su artículo primero”.¹²

El criterio sostenido por la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (aunque es anterior a la entrada en vigor de la *LFCE*) se encuentra en la siguiente tesis jurisprudencial:

"MONOPOLIOS, NATURALEZA DE LOS.- Para que exista monopolio no es necesario que se trate de concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario, pues puede existir mediante todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público, máxime que de acuerdo con este precepto del artículo 28 constitucional, existe la fracción I del artículo 253 del

¹¹ Bitar Agiss, Fernando. *La Ley Federal de Competencia*. ITAM, 1995, p. 45.

¹² Patiño Manffer, Ruperto. Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., serie I: Estudios Económicos, núm. 24, 1994, pp. 107-124.

Código Penal, que pena los actos con las tendencias mencionadas".¹³

Al respecto, la antigua *Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional* en Materia de *Monopolios*, del 31 de agosto de 1934, prohibía los monopolios siempre y cuando perjudicaran al público en general o a alguna clase social:

"Toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permitan a una o varias personas determinadas, imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social".

Este artículo prohibía todo monopolio en la medida en que se impusieran precios a los artículos o cuotas a los servicios en perjuicio de los consumidores.

Aceptar el argumento de que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y el artículo 8º de la *LFCE* prohíben en forma general todo monopolio, salvo los expresamente exceptuados por ella, implicaría no distinguir aquéllos que se dan por cuestiones involuntarias.¹⁴ Esto último significaría que forzosamente estarían prohibidas aquellas situaciones donde,

¹³ *Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, época 5A, tomo CVIII, p. 1655.

¹⁴ Nos referimos a aquellos casos donde por la baja demanda del bien o servicio que se ofrece, otros agentes económicos no están dispuestos a competir por la baja renta de la actividad.

sin quererlo, un agente económico es el único oferente que en una región satisface la demanda de un determinado producto, aun cuando no se comporte como monopolio lesivo.¹⁵

Adicionalmente, los postulados de la misma teoría económica demuestran que la mera existencia de monopolios no debe ser sancionable, pues puede existir uno que sea eficiente en términos económicos. Las leyes, así como las jurisprudencias en materia de monopolios, siempre han establecido una vinculación directa entre la empresa o agente económico y la conducta monopólica que realizan en el mercado:

1.2 LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y EL MONOPOLIO

El artículo 28 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* contempla, entre otras, las siguientes prohibiciones:

- La concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario para obtener el alza de los precios.
- El acuerdo, procedimiento o combinación por parte de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí.

¹⁵ Es importante hacer la aclaración de que estamos pensando en un producto que difícilmente puede ser abastecido desde otras regiones y que no tiene sustitutos cercanos.

- Aquello que constituya una indebida ventaja exclusiva a favor de una o varias personas determinadas con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

De estas prohibiciones expresas, el mismo artículo contempla ciertas excepciones, las cuales pueden agruparse de tres maneras:

1) *Áreas estratégicas*

Las áreas estratégicas, indicadas en el cuarto párrafo del artículo en comentario, son aquellos sectores económicos donde las actividades son discrecionalmente consideradas por el mismo precepto como vitales para la economía global del país. Nos referimos a ellas como:

"Un conjunto de actividades económicas --producción y distribución de bienes y servicios-- que exclusivamente realiza el gobierno federal a través de organismos públicos descentralizados y unidades de la administración pública, por imperativos de seguridad nacional, interés general o beneficio social básico para el desarrollo nacional".¹⁶

Los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 constitucional establecen lo siguiente:

¹⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., segunda edición, 1987, p. 209.

"No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión".¹⁷

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

Tanto para la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* como para efectos de la LFCE, no constituyen monopolios las funciones que ejerce el Estado de manera exclusiva en las áreas estratégicas que consagra de manera limitativa el artículo 28 constitucional. Al parecer, el texto constitucional faculta al Congreso de la Unión para establecer rubros adicionales en los que se permite una explotación exclusiva por parte del estado, sin la necesidad de agotar el procedimiento que adiciona la Constitución.

Por su parte, el artículo 4º de la LFCE, no hace referencia a otras actividades que no constituyen monopolios y que supuestamente señalan las leyes

¹⁷ Decreto por el cual se declara reformado el cuarto párrafo del artículo 28 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de marzo de 1995. Mediante esta última reforma se excluyó del antiguo texto constitucional la comunicación vía satélite y los ferrocarriles.

ordinarias. Las condiciones que establecen cuáles actividades económicas deben incluirse como áreas estratégicas se transforman con el devenir del tiempo, principalmente en el largo plazo y como consecuencia de cambios en el rumbo económico e innovaciones tecnológicas importantes.

Por su valiosa contribución al desarrollo económico del país, las áreas estratégicas se encuentran expresamente listadas en el texto constitucional. El hecho de que la lista pueda ampliarse mediante la promulgación de leyes ordinarias, burla el sentido de un principio constitucional, pues se evitaría reformar un artículo constitucional, lo cual implica obtener el consenso de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión y el de la mayoría de las legislaturas de los Estados.¹⁸ Por ello, la LFCE hace bien en considerar como áreas estratégicas exclusivamente a aquéllas incluidas en el texto constitucional.

Un área económica expresamente catalogada como estratégica conlleva que sectores privados nacionales o extranjeros no puedan, bajo ninguna circunstancia, participar directa o indirectamente en ella. En la generalidad de los casos, las áreas estratégicas son explotadas por órganos de la administración pública federal como por ejemplo Petróleos Mexicanos, en el caso del petróleo y la Comisión Federal de Electricidad y la Compañía de Luz y

¹⁸ Artículo 135 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Fuerza del Centro, en el caso de la electricidad. Los órganos de la administración pública encargados de explotarlas se mantienen exceptuados de la ley especial en materia de monopolios, pero no respecto de otras actividades económicas que desarrollan y que no constituyan áreas estratégicas.¹⁹ Por ejemplo, Petróleos Mexicanos, es un monopolio en manos del Estado, pero no por ello puede como consumidor de insumos (distintos del petróleo y sus derivados) conducirse como tal, en perjuicio de los productores nacionales o extranjeros.

II) *Asociación de trabajadores y sociedades cooperativas.*

La segunda excepción se refiere a las asociaciones de trabajadores y a las sociedades cooperativas. Al respecto, el octavo párrafo del artículo 28 constitucional establece lo siguiente:

"No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se

¹⁹ El artículo 4º de la LFCE es muy claro al establecer que las dependencias y organismos que realizan actividades estratégicas, estarán sujetas a las disposiciones de la ley con respecto a actos que no estén expresamente comprendidos como áreas estratégicas. Adicionalmente, el artículo 3º de la misma ley dispone que las dependencias y entidades de la administración pública federal están sujetas, entre otros, a lo dispuesto por la LFCE.

produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata".

En principio, el objetivo del artículo constitucional es excluir a los sindicatos de las obligaciones y prohibiciones que establece la LFCE, siempre que se trate de actividades encaminadas a proteger los intereses laborales de los trabajadores. Sin embargo, existen dos cuestiones que deben ser consideradas: en primer lugar, que los sindicatos no son la única forma de asociación entre trabajadores, pues también existen gremios de profesionistas o de ciertos trabajadores de una determinada industria en particular; en segundo lugar, que el término **sus propios intereses** es muy amplio y vago, y genera, por lo tanto, problemas para su aplicación.

Sindicato, según el artículo 356 de la *Ley Federal del Trabajo*, es una asociación de trabajadores o patronos, constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses. El artículo 374 de la misma ley, así como la fracción IV del artículo 25 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*,

establecen que los sindicatos legalmente constituidos son personas morales y, además, tienen capacidad, entre otras para:

- Adquirir bienes muebles.
- Adquirir los bienes inmuebles destinados inmediata y directamente al objeto de su institución.
- Defender ante todas las autoridades sus derechos y ejercitar las acciones correspondientes.

Los derechos laborales de los trabajadores están contenidos en el artículo 123 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y básicamente se refieren a la jornada de trabajo, al trabajo para jóvenes y niños, al descanso semanal, salario mínimo, la participación de utilidades, la cobertura de accidentes, las condiciones de jubilación, invalidez, muerte, las condiciones de vivienda, capacitación y adiestramiento, el derecho de huelga, etcétera.

Los sindicatos no están incluidos en las obligaciones que establece la LFCE, en tanto se trate de actividades en favor de los derechos señalados anteriormente. Entonces, si un sindicato posee alguna empresa que participe en algún mercado, esta empresa estará sujeta a las disposiciones de la LFCE en lo que se refiere a prácticas relativas, absolutas y concentraciones. Asimismo, cualquier actividad comercial o económica del sindicato también cae dentro del ámbito de la ley, en cuanto se refiera a mejorar los intereses laborales de los trabajadores.

En resumen: siempre que una asociación de trabajadores realice actividades sin perseguir fines de lucro y para proteger los intereses laborales de sus trabajadores, la LFCE no puede ser utilizada para prohibir o restringir ninguna de dichas actividades. Por el contrario, si una asociación de trabajadores, aún cuando persiga o no fines de lucro, participa en la producción, distribución, comercialización o elaboración de algún bien o servicio, sus actividades si pueden violar la LFCE y podrán ser sancionadas de acuerdo con ésta.

Por su parte, las sociedades cooperativas de productores están sujetas a la acción de la LFCE en lo concerniente a prácticas monopólicas relativas y absolutas. De acuerdo con el artículo 2º de la *Ley General de Sociedades Cooperativas*,²⁰ la sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas que comparten tanto intereses comunes como principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer las necesidades individuales y colectivas, a través de la realización económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Estas sociedades pueden libremente dedicarse a cualquier actividad económica, siempre que sea lícita.

La *Ley General de Sociedades Cooperativas* habla de dos clases de sociedades cooperativas: de consumidores de bienes y/o servicios para ellos,

²⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1994.

sus hogares, o sus actividades de producción.²¹ Las sociedades cooperativas de productores son aquellas cuyos miembros se asocian con el objeto de trabajar en común en la producción de bienes y/o servicios, aportando su trabajo personal, físico o intelectual.²² El texto constitucional únicamente hace referencia a las cooperativas de productores, excluyendo las cooperativas de consumidores.

Lo realmente importante con respecto a esta excepción es que las cooperativas de productores quedan siempre condicionadas a lo siguiente:

- Que realicen ventas directamente en el extranjero y no en territorio nacional.
- Que se trate de productos que constituyan la principal fuente de riqueza de la región en que la cooperativa esté establecida, o que no se trate de artículos de primera necesidad.
- Que obtengan de la legislatura respectiva una autorización al efecto.

En el caso de las cooperativas de producción, las disposiciones de la LFCE son aplicables a todas las actividades comerciales que la cooperativa lleve a cabo con otros participantes en el mercado.

²¹ Artículo 22 de la *Ley General de Sociedades Cooperativas*.

²² Artículo 27 de la *Ley General de Sociedades Cooperativas*.

III) Derechos de propiedad industrial e intelectual.

El sentido del párrafo contenido en el artículo 28 constitucional, que más adelante se transcribe, es promover el respeto a los derechos de propiedad sobre invenciones y creaciones originales, con el fin de incentivar la continuidad de éstas. De lo contrario, es decir si estos derechos de propiedad no fueran respetados, nadie tendría el incentivo para la invención o creación.

Lo anterior permite alcanzar un mercado eficiente bajo una perspectiva dinámica que produce ganancias en bienestar, pues las nuevas invenciones se traducen en menores costos, mejor calidad y menores precios para los consumidores.

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

Es necesario, sin embargo, especificar que los privilegios a los que se refiere este artículo, no eximen a su dueño de que pueda ser denunciado por violar la LFCE al utilizar el poder monopólico que detenta para llevar a cabo prácticas monopólicas absolutas o relativas. Con respecto a este punto, existen

problemas de competencia por el abuso de los privilegios que otorgan las patentes.²³

1.3 MONOPOLIO EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

1.3.1 Conceptos básicos.

1.3.1.1 Introducción

La Sección 2 de la Ley de Sherman prohíbe la monopolización como tal. Dicha Ley establece: "Cada persona que monopolice, o intente monopolizar, o se una o conspire con otra persona o varias personas para monopolizar cualquier porción de la comercialización o comercio entre los diferentes estados, o con naciones extranjeras, será considerado culpable de una felonía". La importancia de esta Sección se hace aparente cuando se consideran los conceptos económicos básicos.

1.3.1.2 Estructura del mercado.

1.3.1.2.1 Tipos de mercados.

La estructura de un mercado tiene efectos sobre la forma en que se conducen y se desempeñan las compañías que venden sus productos en ese mercado.

²³ De acuerdo con el artículo 9º de la *Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial*, la persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrá el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento.

Los tres factores básicos para la definición de la estructura del mercado son los siguientes:

- 1) Concentración del vendedor.
- 2) Diferenciación del producto.
- 3) Condición de entrada.

1.3.1.2.2 Concentración de vendedores.

Los mercados se pueden definir por la concentración de vendedores en el mismo.

1.3.1.2.2.1 Industrias atomistas.

En estas industrias existen muchos vendedores en competencia. Cada uno es tan pequeño que toma el precio de venta en el mercado como algo establecido y que no está bajo su control; por lo tanto, ajusta su producción al nivel más redituable de acuerdo al precio del mercado. La producción no se puede manipular para aumentar el precio, ya que ningún vendedor tiene influencia sobre el precio. Es imposible establecer acuerdos colectivos entre los vendedores para restringir la competencia, debido a que existen demasiados vendedores.

Como sucede en la industria en general, la producción se ajusta a la demanda hasta que la producción industrial alcanza el punto (y el precio se reduce hasta el punto) en el que el costo marginal que resulta del aumento de la producción

igual a el precio de venta. En los casos en que se puede aumentar la producción sin que se incremente el costo unitario, o cuando hay facilidad de ingreso al mercado, la posición de equilibrio de la industria a largo plazo, será aquella donde cada compañía que produzca a un costo mínimo, el precio en el mercado es igual al costo (el cual incluye una ganancia normal), la producción industrial es la que los compradores demandan a ese precio, la producción industrial es la mayor que puede ser vendida a un precio que cubra el costo y no se da un exceso de utilidades generadas.

1.3.1.2.2.2 Industrias monopolistas.

En este caso existe un vendedor que provee toda su producción al mercado. El monopolista puede restringir su producción hasta el punto redituable (costos relativos al precio). El monopolista tenderá a producir menos y cobrar más que una industria atomísticamente competitiva.

1.3.1.2.2.3 Industria oligopolista.

En este caso existen algunas grandes compañías, cada una de ellas con suficiente mercado como para influir los precios a través de los ajustes en su producción. Estas compañías anticiparán y reaccionarán ante los cambios impuestos por otras compañías del ramo; por lo tanto, son independientes. La predicción del comportamiento del mercado es difícil. He aquí algunas posibilidades:

- (i) Cooperación expresa;

- (ii) Cooperación imperfecta;
- (iii) Paralización (cada compañía mantiene su posición);
- (iv) Abierta rivalidad en cuanto a precios.

El comportamiento del mercado de una industria atomística varía con respecto al comportamiento del mercado de un monopolio.

1.3.1.2.3 Diferenciación de productos.

Existen dos tipos de mercados: Aquellos en los que los productos son homogéneos, y aquellos en los que existe una diferenciación en la producción (en cuanto a diseño, calidad, marcas comerciales, etc.) En los casos en los que existe una diferencia puede ocurrir lo siguiente:

- (i) Publicidad y promoción de ventas.
- (ii) Variaciones en cuanto a diseño y calidad a fin de obtener el ajuste más redituable del costo en cuanto a la demanda y el precio.
- (iii) Diferencia de precios.

Es así que, en esta situación, una industria puede estar constituida de una gran cantidad de compañías, cada una de las cuales tiene un poco de poder de monopolio.

1.3.1.3 Factores que favorecen la consolidación.

1.3.1.3.1 Introducción.

Existe un número de factores que favorecen la consolidación de compañías en oligopolios o incluso monopolios.

1.3.1.3.2 Comparación con los carteles.

Se argumenta que cuando existen razones económicas para la cooperación y limitación de la competencia, se prefiere emplear el método de consolidación de una sola compañía en lugar de usar un cartel. La principal razón comercial, por supuesto, consiste en que es muy difícil administrar un cartel en forma efectiva.

1.3.1.3.3 Condiciones necesarias para que ocurra la consolidación:

- 1) El proceso de que el poder del monopolio, existirá por mucho tiempo, después de la adquisición.
- 2) Capacidad de un monopolista en potencia para financiar la adquisición de las otras firmas.
- 3) El prospecto que el monopolista en potencia podría comprar las otras firmas (buena voluntad para comprar): Se hace notar que es muy difícil obtener un monopolio por medio de la compra de todas las firmas que compiten (como el número es reducido, el incentivo para las firmas restantes para vender, se reduce y el costo aumenta).

- 4) La dificultad de la entrada de nuevos competidores en el mercado. El monopolio lleva consigo la capacidad de retrasar o prevenir que firmas entren al mercado (a través de una más alta publicidad, precios más bajos, descuentos, facilidades de crédito, etc.)

1.3.1.4 Economías de Escala

1.3.1.4.1 Introducción.

El argumento se hace en base a que los monopolios en muchas industrias beneficiarán a los consumidores, ya que permitirán la existencia de economías de escala que de otra manera no podrían existir, y de esta forma los costos se reducirían, la eficiencia aumentaría, y los precios se verían reducidos.

1.3.1.4.2 El significado de la "economía de escala".

Existe un sinnúmero de diferentes significados propuesto cuando "economía de escala" habla de:

- 1) Un promedio más bajo de los costos de producción. Esto podría ocurrir al utilizar exceso de capacidad (uso de máquinas durante jornadas continuas, etc.)
- 2) Menos plantas, pero más grandes.
- 3) Las grandes compañías que adquieren capital y los factores de producción a un precio más bajo.

1.3.1.4.3 Argumentos relativos a la economía de escala.

1.3.1.4.3.1 Introducción.

En realidad, la mayoría de los argumentos apoyan o niegan las economías de escala que no han sido probadas.

1.3.1.4.3.2 Costos de producción más bajos.

Parece ser que la mayoría de las plantas podrían operar más eficientemente y producir a un costo de producción promedio más bajo. Pero es poco lo que se sabe acerca de los costos de venta y distribución y también poco se sabe acerca del posible efecto en el costo promedio total.

1.3.1.4.3.3 Ineficiencia de los costos de venta.

1.3.1.4.3.3.1 Gastos de publicidad.

Demasiada publicidad se utiliza para crear una irreal diferenciación de productos" (pero el consumidor la percibe). Esto podría ser eliminado por un monopolista.

1.3.1.4.3.3.2 El productor y el publicista crearon la demanda del consumidor.

El argumento también se hace en base a que "el consumidor no es rey", de echo el publicista determina lo que el consumidor quiere. Por lo tanto, un monopolista podría persuadir al consumidor a que compre lo que sería lo más provechoso de producir.

1.3.1.4.3.4 Factor de costos.

Este argumento se hace en base a que empresas más grandes pueden obtener los factores de producción a tarifas más baratas (tales como capital más barato, costos de trabajo, etc.). Se desconoce por qué se presenta esta situación, aunque existen pruebas de que así es. Puede ser que exista menor incertidumbre asociada con la empresa grande, o costos menores al mercado, manejo y entrega de bienes a una compañía grande.

1.3.1.4.3.5 Motivo de ganancia de las grandes empresas.

Existe una teoría de que entre más obtenga la empresa grande, habrá otras motivaciones y además el motivo de ganancia será parte del propósito real de la empresa.

1.3.1.4.3.6 Cantidad de investigación.

En los recientes años, parece que existen algunas pruebas de que el progreso tecnológico continuo depende de grandes incrementos de capital e investigación del poder del hombre.

1.3.1.4.3.7 Pequeñas y grandes empresas.

Existe un argumento de que las industrias donde existen pequeñas y grandes empresas juntas, significa que la eficiencia existe en las más pequeñas empresas capaces de sobrevivir.

1.4 MONOPOLIZACIÓN

1.4.1 Primeros casos.

1.4.1.1 "Regla de razón" en los casos de monopolización Aspen Skin Vs Estados Unidos de América, 221 U.S. 1 (1911).

1.4.1.1.1 Hechos.

Los Rockefellers y otros entre 1870 y 1822, adquirieron casi todas las refinerías de petróleo cercanas a Cleveland (y muchas otras) y los oleoductos del Este. Finalmente, el grupo controló casi el 90% del negocio de productos refinados, permitiéndoseles a ellos fijar el precio del crudo de petróleo. La compañía obtuvo tarifas preferenciales con las líneas ferroviarias, gozo de descuentos de precio que utilizó en contra de pequeños competidores locales, etc. posteriormente las porciones de la organización fueron incorporadas en un fideicomiso ("trust"), el cual fue convertido en una "Holding Company" conocida en nuestro medio jurídico mexicano como compañía tenedora de acciones, controladora, denominada por algún doctrinario como dominatriz. La citada coinversión se verificó después del litigio antimonopólico en el Estado de Ohio. Después que se constituyó el "trust" la compañía controladora, continuó involucrada en prácticas depredadoras y fue demandada por el Gobierno de los Estados Unidos de acuerdo con las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman.

1.4.1.1.2 Litis.

¿Han resultado las acciones de la Aspen Skiing Co. (AS) en una restricción del comercio o monopolización?

1.4.1.1.3 Resolución.

Sí, (AS) ha violado ambas secciones 1 y 2 de la Ley Sherman.

- a) El peligro de un monopolio proviene de la fijación del precio, limitando la producción, y permitiendo el deterioro del producto.
- b) La sección 1 de la Ley prohíbe todo convenio, combinación o conspiración para restringir el comercio. Sólo restricciones indebidas o irrazonables son prohibidas.
- c) La sección 2 es una extensión de la sección 1, prohibiendo cualquier monopolización o atentados para monopolizar a cualquier persona de cualquier parte del comercio entre los estados. “La monopolización” es simplemente una forma de restricción del comercio. La sección 2 asegura que de ninguna manera pueda ser evadida la prohibición básica de la sección 1.
- d) La sección 2 debe ser interpretada de acuerdo a las “reglas de la lógica”.

- e) "La monopolización" no significa "monopolio". Un monopolio es legal si ocurre por métodos y prácticas comerciales anormales y apropiadas.
- f) Si se ha incurrido en "la monopolización" depende de las intenciones y propósitos del demandado.
 - (1) Aquí "prima facie" se presume que surge de un intento y propósito impropios (p. E., obtener y mantener el poder en el mercado mediante la exclusión de otros) por el hecho de que el demandado presenta dominio total en la industria (existiendo poder mercantil).
 - (2) La presunción llega a concluir que existe un intento impropio debido a la evidencia de la manera inconveniente en la cual el poder mercantil fue adquirido y mantenido.
- g) El remedio es un mandato judicial contra cualquier acto impropio y la disolución de la sociedad de control.

1.4.1.1.4 Comentario.

Hubo evidencia, en el caso de que el demandado había inducido realmente a sus competidores a quedar fuera del comercio por los métodos comerciales que usó. Nótese que éste fue un caso donde un monopolio real existió (poder mercantil del 90%).

1.4.1.2 Caso similar.

En los Estados Unidos de América vs. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911), se decidió aproximadamente al mismo tiempo que Standard Oil, la Corte falló en contra de la American Tobacco Co., la cual había llegado a ser una monopolista de la industria cigarrera a través de las fusiones, usó luego su poder mercantil para dominar otras secciones de la industria del tabaco, algunas veces comprando compañías y cerrándolas para así conservar la posición de monopolio. La Corte amplió sobre su declaración en Standard Oil lo concerniente a las "reglas de la lógica", indicando que la regla significaba que la libertad de contrato (necesaria para hacer negocios) fue preservada; al mismo tiempo, dando a la Ley Sherman una interpretación razonable que no significó que todos los actos y prácticas condenados por las secciones 1 y 2 de la Ley pueden ser permitidos simplemente por encontrar que son "razonables".

1.4.1.3 La necesidad de una "regla de la lógica" en los casos de monopolización.

Nótese que puede parecer imposible decir que un monopolio debe ser per ilegal se. Esto es cierto porque hay muchas situaciones en las cuales se tiende a crear monopolios naturales:

- (i) La primera firma que lleva un producto al mercado es un monopolio.
- (ii) Un pueblo pequeño tal vez podría tener sólo un negocio de cierto tipo (tal como un periódico).

- (iii) Y como la Corte lo aludió en *Aspen Skin*, una firma puede llegar a ser un monopolio a través de métodos industriales normales.

Por lo tanto, las cortes han hecho que la distinción entre “monopolio” y “monopolizar”, la última implica una expansión para adquirir, mantener y ejercer poder monopólico a través de otros métodos distintos a los medios industriales normales. Este análisis conduce a las cortes a la cuestión del “intento y propósito” subyacente a la obtención del poder de mercado.

1.4.1.4 “Monopolización” vs. “intento de monopolizar”.

Nótese la diferencia en estas dos situaciones, ambas prohibidas por la sección 2.

- 1) “Monopolización” es el uso del poder mercantil para expulsar a la competencia, elevar precios, etc.
- 2) “Intento de monopolizar” es un intento orientado a adquirir el poder de mercado para poder monopolizar.

1.4.1.5 El requerimiento de intencionalidad.

- 1) *Addyston Pipe, supra*, indica que es ilegal que una asociación de firmas cooperen para regular los precios. Casos anteriores indican que es ilegal per se para tales asociaciones intentar regular los precios. La determinación en esta situación involucra el intento o propósito de la firma en fijar sus precios. Eso es, que tener una

posición monopólica no significa que los precios de la firma son ilegales per se. La determinación es si la posición monopólica está siendo explotada para elevar precios, excluir competidores, etc.; esto constituye la "monopolización" ilegal.

- 2) En la situación de "intento de monopolizar", podría parecer que al ganar, el gobierno tendría que demostrar (i) el intento de monopolizar, y (ii) una probabilidad peligrosa de que la monopolización resultará si la conducta de la firma no es prohibida.
- 3) En la ley criminal "el intento" está usualmente implícito a partir de los hechos; esto es, que ha sido considerado que la persona ha tenido la intención respecto de las consecuencias naturales de sus actos. Lo mismo es válido para la ley antimonopolio.
 - a) Así, el intento puede ser demostrado a partir de actos particulares, una línea de conducta, etc.
 - b) La corte o el jurado deben sacar inferencias a partir de los actos o línea de conducta y sacar conclusiones en cuanto al intento (ya sea para "monopolizar", etc.).
- 4) El problema con el criterio de "intencionalidad" es que es difícil atribuir un mal motivo o un buen motivo a los actos que pueden ser caracterizados de igual forma. Por ejemplo, una firma con poder

mercantil sustancial puede bajar sus precios a fin (i) de expulsar a los competidores, o (ii) ser competitiva, para beneficio del consumidor.

1.4.1.6 Recursos en casos de monopolización.

Normalmente una acción civil es interpuesta (sola o en conjunción con una acción penal) pidiendo a la corte que conceda un derecho de equidad que disuelva o rompa el monopolio.

1.4.1.7 El poder efectivo en el comercio -- Estados Unidos de América vs. United States Steel Corporation, 251 U.S. 417 (1920).

1.4.1.7.1 Hechos.

U.S. Steel (U.S.S.) fue formada por la adquisición de 180 firmas. En el momento del pleito controlaba el 41% de la producción nacional. Había tomado parte en una serie de reuniones, a través de los años, con otros productores para discutir el establecimiento de "precios" (en efecto había establecido una práctica de "liderazgo en el precio" para la industria). Pero la compañía no había tomado parte en prácticas tales como rebajas en el transporte, rebaja temporal de precios, etc. Una acción fue interpuesta bajo la sección 2 relativa a la "monopolización" (no había causas suficientes para haber interpuesto una acción por "intento para monopolizar", tampoco hubo la interposición de una acción bajo la sección 1 para prohibir el comercio contra la compañía u otros productores).

1.4.1.7.2 Litis.

¿Las acciones de U.S.S. para monopolizar resultan en violación de la sección 2 de la Ley Sherman?

1.4.1.7.3 Resolución.

No. No violan la sección 2.

- a) El demandado no tiene poder mercantil para fijar precios; por esto no puede ser culpable de "monopolización".
- b) Todos los competidores del demandado testificaron que no habían sido cohercionados en cuanto a los precios que ellos cargaban. Y la conclusión con los otros productores no habría sido necesaria si el demandado hubiera tenido poder mercantil.
- c) El demandado es una compañía muy grande, pero crecer solamente no es ilegal.
- d) La existencia de un poder de mercado aislado no ejercido no es suficiente; debe haber otros actos manifiestos que sean prohibidos para que la "monopolización" exista.

1.4.1.7.4 Comentario.

El gobierno probablemente pudo haber tenido éxito con la acción de la sección 1, o con la acción de "intento de monopolizar". Nótese también que el caso fue probablemente decidido erróneamente incluso bajo la sección 2. Las firmas

competentes no testificarían contra U.S.S. porque ellos realmente se sumaron a un cartel y estuvieron cooperando con el precio bajo la dirección de U.S.S.

1.4.1.8 Diferencias en el tratamiento de carteles y monopolios.

La Corte parece tratar a los carteles y monopolios de forma diferente, a pesar de que básicamente los fines de ambos puedan ser o probablemente sean iguales. Los carteles que fijan precios, asignan territorios, etc. son *per se* ilegales. Para que un monopolio sea ilegal depende de la "intención o propósito" (p.e. la "regla de la lógica" es aplicada).

1.4.1.8.1 Diferencias administrativas.

Los doctrinarios han justificado esta diferencia sobre la base de la inhabilidad de las cortes para llevar a cabo la vigilancia continua de los carteles.

1.4.1.8.2 Adquisición de poder de mercado a través de medios normales.

Otra razón es el hecho de que conceptualmente un monopolio puede ser creado simplemente a través de medios comerciales normales ejercidos por una sola firma, en tanto que un cartel sólo puede existir por acuerdo entre firmas competentes.

1.4.1.8.3 Beneficios económicos.

Finalmente, una consolidación puede resultar en beneficios económicos que no ocurren en los carteles. Por ejemplo, en una consolidación plantas ineficientes pueden ser cerradas y medidas de optimización manufacturera pueden ser instauradas, etc.

1.4.1.9 "Tensión en la intención o prueba en el propósito".

El problema con estos parámetros de prueba es que la conducta comercial puede ser igualmente consistente con una inferencia de conducta competitiva legal o un propósito de expulsar a la competencia (p.e., una gran compañía recorta precios para hacer frente a precios más bajos de las pocas firmas restantes).

- 1) El problema es que las cortes se sienten económica y emocionalmente comprometidas con la idea de que un monopolio puede legalmente desarrollarse y existir. Por lo tanto, existe la idea que un monopolio creado por "prácticas de negocios normales" es legal.
- 2) Pero al mismo tiempo política y económicamente las cortes temen la existencia de monopolios. Como resultado la tensión o contraposición nunca es del todo resuelta.

1.5 ADQUISICIÓN ILEGAL DE PODER MONOPÓLICO

1.5.1 El problema de la intención reencontrado -- Estados Unidos Vs. "Aluminium Co. Of America", 148 F. 2d 416)2d Cvr. 1945).

1.5.1.1 Hechos.

"Aluminium Co. Of America" (Alu) fundada en 1888, contrató toda la producción de aluminio en lingote en los Estados Unidos con sus patentes hasta 1909, y

durante los siguientes tres años contrató toda la producción mediante distintos convenios restrictivos con carteles foráneos y acuerdos de no suministrar electricidad a firmas de la competencia. Posteriormente ella en promedio mantuvo una participación de más del 90% del mercado. La compañía también fabricó aluminio. No obstante su poder de mercado, "Alu" solamente hizo una utilidad de 10%, la cual estaba lejos de ser una utilidad injusta u opresiva. Una acción fue interpuesta, bajo la sección 2 de la Ley Sherman por "monopolización". El juicio en la Corte sostuvo que "Alu" no violó la Ley. El demandante apela.

1.5.1.2 Litis.

Ahí donde el acusado tiene la intención de obtener poder monopólico, y logra 90% de control de su mercado relevante, ¿puede ser esto considerado monopolización ilegal?

1.5.1.3 Resolución.

Sí. Sentencia revertida.

- a) La participación de 90% de "Alu" constituye un monopolio. Aún asumiendo que no estaba ganando más que una justa utilidad, esto no es excusa para monopolizar. "Alu" no muestra que una utilidad justa no podía ser ganada a precios bajos.
- b) Los monopolios son ilegales porque, al igual que los acuerdos de fijación de precios, le niegan al comercio la protección de la

competencia. Existen también políticas no económicas que se arguyen en contra de los monopolios.

- c) Aún cuando los monopolios están generalmente prohibidos, en algunas situaciones un monopolio puede ser una "imposición sobre" un acusado; en tales casos éste no es ilegal. Ejemplo de esto es ahí donde sólo hay un sobreviviente en virtud de superior destreza e industriosisidad.
- d) Aquí el monopolio no fue impuesto sobre "Alu"; no fue un beneficiario pasivo. Los hechos muestran una determinación persistente de crear y mantener poder monopolístico.
 - (1) "Alu" siempre anticipó el incremento de demanda para el producto y estuvo listo para suplirlo, por lo tanto evitando que otros competidores entraran al mercado.
 - (2) "Alu" estuvo consistentemente determinado a mantener el control del mercado. El único requisito de intencionalidad que es pertinente es aquél relacionado a cualquier responsabilidad - ¿se propuso "Alu" realizar el acto prohibido? Ningún monopolista monopoliza inconsciente de lo que hace. Con el propósito de conservar su poder en el mercado, "Alu" monopolizó de acuerdo con el espíritu de la sección 2.

1.5.2 Breves comentarios.

- 1) El caso indica que no es necesario demostrar actos predatorios para demostrar la intención de monopolizar. Por lo tanto, la Corte se ha distanciado del caso Standard Oil.
- 2) El caso puede ser leído como diciendo que, no obstante una renuncia legal, aún prácticas agresivas de comercio pueden mostrar una intencionalidad de monopolizar.
- 3) El caso claramente establece que el ejercicio real del poder monopólico no necesita ser demostrado para sostener una violación a la sección 2.
- 4) En efecto, la carga de la prueba es puesta al demandado para demostrar que él simplemente no podía ayudar a ganar poder monopólico. Y esta carga parece de peso.

1.6 USO ILEGAL DEL PODER MONOPÓLICO.

1.6.1 Introducción.

Una serie de casos son revisados a continuación en los cuales los demandados tienen legalmente adquirido el poder monopólico. La cuestión en cada caso concierne a cómo los demandados han usado subsecuentemente este poder mercantil.

**1.6.2 Uso del Poder Monopólico sin intencionalidad de monopolizar --
United States vs. Griffith, 334 U.S. 100 (1948).**

1.6.2.1 Hechos.

Griffit (G) era dueño de teatros en 85 ciudades; en 53 de éstas tenía el único teatro. Negoció con cada distribuidor de películas con un contrato que cubría todos sus teatros; normalmente los distribuidores contratarían a G por todas sus películas de estreno para ser estrenadas durante el año entero. Los Estados Unidos de América (E.U.A.) imputaron que esto era un uso ilegal del poder monopólico (el cual existe en las ciudades de un sólo teatro) para frenar a la competencia (en las ciudades competitivas) previniendo a los competidores de obtener películas de estreno. E.U.A. demandó para obtener un mandato u orden judicial de acuerdo con las secciones 1 y 2 de la ley Sherman. La corte de distrito encontró que G no tenía intencionalidad o propósito no razonable para restringir el comercio o para monopolizar. E.U.A. apela.

1.6.2.2 Litis.

¿Es ilegal bajo la Ley Sherman usar el poder monopólico, si, aún cuando, el poder monopólico es legalmente ganado?

1.6.2.3 Resolución.

Sí, el fallo es revocado.

- a) Los monopolios son generalmente los productos finales de violaciones de la sección 1, pero incluso cuando no lo son, el poder monopólico por sí mismo puede violar la sección 2.
- b) El uso del poder monopólico, incluso si es legalmente ganado para impedir a la competencia, a fin de ganar una ventaja competitiva, o para destruir a un competidor es ilegal.
- c) Aquí el poder monopólico de G en las ciudades de un teatro fue usado como un arma competitiva en las ciudades competitivas. Incluso si G no amenazó a los distribuidores de películas, e incluso si él no tenía la intención específica de usar su poder monopólico para expandir su imperio, el resultado final es el resultado necesario y directo de las acciones de G.

1.6.2.4 Reenvío.

En reenvío la Corte emitió un requerimiento o mandato judicial para que G negociara sus contratos con los distribuidores por separado para las ciudades monopólicas y las ciudades competitivas.

1.6.2.5 Comentarios.

- a) ¿El caso realmente logra algo? Los distribuidores todavía saben que G tienen todos los teatros. ¿Los acuerdos que ellos hagan serán realmente algo diferentes?

- b) El punto parece ser el uso de la "influencia monopólica" en situaciones competitivas. ¿Es cualquier uso de poder monopólico ilegal? ¿Cómo distingue usted aquellos usos que son apropiados de los que no lo son?
- c) G todavía puede precisar la tasa exacta del monopolio en las ciudades de un teatro y usar los beneficios del monopolio para negociar en las ciudades competitivas. ¿Es esta situación mejor para los competidores que la anterior?

1.6.3 Prácticas comerciales normalmente permitidas llegan a ser ilegales cuando son conducidas por un monopolista -- United States vs. United Shoe Machinery Corporation, 110 F. Supp. 295, *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521 (1954).

1.6.3.1 Hechos.

United Shoe Machinery (G) suministró cerca del 80% de las máquinas usadas para hacer zapatos; fue la única compañía que hizo todo el equipo necesario, aún cuando había competidores en áreas específicas y de firmas extranjeras. Sólo alquiló su maquinaria en arrendamientos a diez años; el servicio de reparación de maquinaria fue proporcionado sin cargo extra; si el cliente regresaba la máquina pronto, había una tarifa (la cual era menor si el cliente había tomado otra máquina de G que si tomaba una de un competidor. G tenía un competidor en un tipo de proceso; en esta área G bajó sus tarifas de

devolución a una cifra menor que en otras áreas. El gobierno demandó a G bajo las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman.

1.6.3.2 Litis.

¿Puede el poder monopólico legalmente adquirido ser usado para mantener un monopolio?

1.6.3.3 Resolución.

No, G violó la Ley Sherman.

- a) El mercado se definió como el de todas las máquinas (excepto las máquinas de coser de hilo seco) usadas para hacer zapatos.
- b) G tiene poder monopólico. Adquirió este poder legalmente (esta conclusión fue basada en el análisis de la corte de casos previos en contra de G).
- c) Pero G había ejercido su poder monopólico ilegalmente. El control no es mantenido simplemente por habilidad, escala de economías, o adaptación a las leyes económicas inevitables. G ha erigido barreras para entrar y un ambiente anticompetitivo por sus políticas comerciales.
- d) El sistema de arrendamiento y la política de precios (de bajar el margen de ganancias donde existe competencia) son ilegales.

- e) Ninguna de estas prácticas es inmoral o algo que otro respetable hombre de negocios no hubiera hecho. Y, ellas no son, por ellas mismas, una violación a las leyes antimonopolio. Pero en manos de un monopolio son ilegales puesto que perpetúan el control mercantil antes que alentar la competencia.

1.6.3.4 Recursos:

- (i) G debe vender máquinas en lugar de sólo rentarlas, en términos favorables.
- (ii) Donde las máquinas son rentadas, el término debe ser acortado.
- (iii) Los servicios deben ser cobrados por separado.
- (iv) Pero nada puede ser hecho acerca de la política de precios. Las diferencias de precio pueden ser el resultado de la existencia de patentes, deseable para los consumidores en cuanto que éstas crean un ambiente competitivo, y la corte no puede monitorear cada cambio de precio hecho por G.

Todas estas prácticas están diseñadas para la pérdida del poder monopólico de G en el mercado.

1.6.3.5 Revisión de resultados.

Trece años después la Suprema Corte revisó los resultados del recurso dado en este caso y declaró que nada había cambiado (G era todavía poseedor del

poder monopólico). Por lo tanto se reenvió el caso a la corte de distrito para la aplicación de posteriores recursos con la instrucción de que la Ley Sherman debería "romper o hacer impotente el poder monopólico encontrado que viola la ley".

1.6.3.6 Comentarios.

- a) El problema es que se desconfía de los monopolios, pero la corte en *United Shoe* rehusó sostener que ellos eran ilegales *per se*. La corte dejó abierta la posibilidad de que un monopolio pueda ser llevado a cabo legalmente (por habilidad superior, condiciones económicas inevitables, etc.) y puede ser operado legalmente.
- b) Pero al mismo tiempo, la corte en *United Shoe* encontró que prácticas comerciales racionales y honorables constituían violaciones a la ley cuando se vinculaban a un monopolio. Más tarde, la corte en efecto admitió que su decisión fue irracional por rehusarse en la solución a proscribir la política de precios del demandado (una de las mayores bases para encontrar la violación), desde que la corte declaró que esto era perfectamente racional e incluso una conducta comercial deseable. En consecuencia, la interrogante es, ¿qué conducta es impropia por parte de un monopolio? Estas decisiones parecen decir que un monopolio debe hacer lo imposible para asegurar que fomenta la competencia, aún hasta el grado de estar involucrado en el desarrollo mercantil irracional.

- c) En resumen, el monopolio debe asegurarse de que no más tiempo como un monopolio. Esto es, en efecto, una resolución de que los monopolios son ilegales. Éste es el resultado final de *United Shoe*, desde que G hizo lo que se le pidió en la resolución de la corte (cambió las prácticas ilegales), pero cuando esto no cambió el poder monopolístico de G, la revisión indicó que G debía ser disuelto. En efecto, esto está diciendo que no hay más alguna conducta ilegal pero un monopolio es malo y debe ser disuelto.

1.7 INTEGRACIÓN VERTICAL Y RELACIONES CON COMPETIDORES.

Una firma es considerada integrada verticalmente cuando realiza funciones internamente que podría haber hecho con una firma externa. Ejemplos comunes son las manufactureras que también producen las materias primas que entran en los bienes, o que son dueñas de las tiendas que venden los bienes terminados. La integración vertical puede ser un camino eficiente para organizar un negocio. Muchas firmas están verticalmente integradas hasta cierto punto, y esto no es una controversia antimonopólica significativa. El problema surge cuando un monopolio en un mercado gana poder monopolístico en otro mercado a través de la integración vertical. Otros asuntos son la habilidad de una firma integrada verticalmente para implementar una política de precios discriminatoria, el incremento de barreras para entrar, y la disminución general de la competencia.

1.7.1 Control de monopolios a través de la integración vertical.

En *Otter Tail Power Co. Vs. United States*, 410 U.S. 366 (1973). Otter Tail controlaba los cables de transmisión electrónica tanto como las ventas de energía al mayoreo. Cuando su franquicia expiró en comunidades específicas, previno a las comunidades de adoptar sistemas de distribución municipal por rehusarse a vender energía al mayoreo a tales sistemas y por rehusarse a permitir a los municipios comprar energía de otros productores a través de las líneas de transmisión de Otter Tail. Esta práctica fue considerada una violación de la sección 2.

1.7.2 Control de monopolios a través del desarrollo de nuevos productos relacionados a productos monopolizados.

En *Berkey Photo vs. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263 (2d Cir. 1979), *cert. Denied*, 444 U.S. 1093 (1980), Berkey ganó indemnización basado en la falla de Kodak al publicar las especificaciones para su nuevo rollo fotográfico tamaño 110 antes de lanzar al público sus nuevas cámaras instamatic 110. El jurado encontró que porque Kodak tenía un monopolio en el mercado de la cámara 110, violaba la sección 2 por fallar al darle a los competidores la oportunidad de producir el nuevo rollo fotográfico. La corte de apelaciones lo revocó, alegando que es un negocio ordinario y aceptable la práctica de guardar en secreto los nuevos desarrollos; Kodak no tenía el deber de difundir el nuevo rollo fotográfico. El beneficio a Kodak no resultó de la monopolización sino de la integración.

**1.7.3 Deber de cooperación de los monopolios con los competidores --
Aspen Skiing Co. Vs. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585
(1985).**

1.7.3.1 Hechos.

La Aspen Highlands Skiing Corp. (AH) era dueña y operaba una instalación de esquiar en una montaña de Aspen, Colorado. La Aspen Skiing Co. (AS) era dueña y operaba instalaciones en otras tres montañas en Aspen. Por quince años, AH y AS ofrecieron boletos para esquiar por 6 días en 4 áreas y dividían las recaudaciones sobre la base del uso de cada lugar de temporada. AS luego informó a AH que participaría sólo si AH aceptaba una cuota fija de ingresos. AH lo acordó con renuencia. El año siguiente, AS también hizo virtualmente imposible para AH ofrecer un paquete multiárea, por rehusarse a aceptar comprobantes de pases de entrada de P, y por discontinuar sus pases de 3 días, dejando sólo sus pases de 6 días en 3 áreas, de tal modo eliminó la posibilidad para sus clientes de esquiar en los lugares de temporada de AH. Como resultado, la cuota de AH del negocio de esquí en Aspen bajó de 20% durante el año anterior, en los boletos de 4 años, a 11% cuatro años después. AH demandó por daños. El juez de distrito instruyó al jurado que un monopolio no está prohibido que tome ventaja de sus eficiencias y no tiene el deber de cooperar con sus rivales de negocios, pero no puede excluir innecesariamente o poner obstáculos a los competidores o usar su poder monopólico o fomentar algún dominio del mercado pertinente. El jurado falló a favor de AH y concedió

\$2.5 millones en daños. La corte de apelaciones afirmó, sosteniendo que AS tenía un deber de mercadear conjuntamente con AH porque el boleto de multiárea fue un "medio esencial", y que había suficiente evidencia para sostener un fallo de que el intento de AH de rehusarse a mercadear boletos fue para crear o mantener un monopolio. La Suprema Corte otorgó auto de avocación.

1.7.3.2 Litis.

¿Puede tener un monopolio el deber de mercadear conjuntamente con sus competidores si el mercado se había originado en un mercado competitivo y había persistido por varios años?

1.7.3.3 Resolución.

Sí. Fallo afirmativo.

- a) AS propiamente sostuvo que un monopolio no tiene el deber de comprometerse en un programa de mercadeo conjunto con un competidor, pero el veredicto en este caso no fue basado sobre esa proposición. El desistimiento de AS a participar en el plan de boleto combinado es evidencia de su propósito y podría dar origen a responsabilidad. Un monopolio no monopoliza por error; la exclusión que no es el resultado de eficiencia superior es impropia y es siempre intento deliberado.

- b) En este caso, AS no se rehusó a la nueva idea propuesta por AH; AS hizo un cambio significativo en su patrón de distribución que ha originado en un mercado competitivo y ha persistido por varios años. De hecho, los boletos de 6 días de todo Aspen fueron creados cuando cada montaña tenía dueño y era operada separadamente. Dichos boletos están disponibles en otras áreas multimontañas, las cuales indican que un libre mercado competitivo usaría esos boletos. Por eliminar el boleto, AS como monopolio hizo un importante cambio en el carácter del mercado.
- c) El jurado fue instruido propiamente, y su conclusión de que el desistimiento de AS al arreglo no fue justificado por razones de negocios válidas, debe ser mantenida tanto como sea sostenida por la evidencia. Esto requiere consideración del efecto de la conducta de AS sobre los consumidores así como sobre AH y el propio AS.
- d) La evidencia indica que el boleto de 6 días en 4 áreas fue popular con los esquiadores y fue preferido al boleto de 3 áreas de AS cuando ambos estuvieron disponibles. Los esquiadores también deseaban esquiar en la montaña de AH pero no únicamente por el inconveniente de no estar incluido en el boleto. La evidencia muestra claramente que la eliminación del boleto afectó adversamente los negocios de AH. A pesar de estos hechos adversos, AS fue incapaz

de proveer alguna justificación eficiente de su práctica. Por lo tanto, la evidencia sostiene el veredicto.

1.8 VALOR PREDATORIO -- BARRY WRIGHT CORP. VS. ITT GRINNELL CORP., 274 F.2D 277 (1ST CIR. 1983).

1.8.1 Hechos.

Pacific era la única fabricante de tornos mecánicos para la fabricación de sistemas de tuberías para uso en las plantas de energía nuclear. La ITT Grinnell Corp. (ITT) era la principal utilizadora de tornos. Debido a la fuerte posición de Pacific en el mercado, (ITT) buscó un proveedor alternativo. ITT acordó ayudar a Barry Wright Corp. (BWC) a producir tornos. ITT acordó utilizar a BWC como su proveedor exclusivo de 1977 a 1979. Una vez que Pacific se enteró del convenio, le ofreció a ITT un importante descuento en el precio, basándose en la cantidad. ITT rechazó la oferta. Posteriormente, BWC no era capaz de satisfacer su programa de producción. BWC regresó a Pacific y realizó una producción grande, que se extendió durante 1979. Entonces ITT le dijo a BWC que eso quebrantaba su contrato de fabricación. Después, ITT acordó comprar tornos adicionales de Pacific. Finalmente, ITT canceló su colaboración con BWC. BWC entabló una demanda, quejándose de los esfuerzos de Pacific para venderle a ITT, infringiendo la Ley Sherman. La corte de distrito encontró que no hubo violación del contrato. BWC apela.

1.8.2 Litis.

¿Es violación a la Ley Sherman para un monopolista reducir precios cuando el precio reducido se mantiene por encima del costo de producción?

1.8.3 Resolución de la litis.

No. El juez lo ratificó.

- 1) La monopolización consiste en (i) la posesión del poder de monopolización en el mercado importante, y (ii) la adquisición o mantenimiento de dicho poder por parte de otro que apruebe el significado. En este caso, Pacific había adquirido, de manera adecuada, el poder de monopolización; la cuestión es si conservó indebidamente dicho poder. El método de Pacific no sería adecuado si excluyen o sobrepasan las necesidades de los convenios comerciales ordinarios.

- 2) BWC reclama que Pacific actuó de una manera excluyente al proporcionar descuentos especiales en el precio. Sin embargo, los precios de descuento aún se encuentran por arriba del costo total de producción de Pacific. Algunas cortes sostienen que los precios reducidos son una violación a la Ley Sherman cuando es "predatorio". Esta situación se puede presentar cuando una empresa puede eliminar a todos los competidores a través de la reducción de precios y entonces aumentará los precios lo suficiente para recuperar

las ganancias perdidas. El problema se determina cuando un precio reducido es predatorio o cuando tan sólo es una respuesta a los factores del mercado conforme a la política básica de la Ley Sherman.

- 3) La mayoría de las cortes se concentraron no en el intento, sino en la relación entre la reducción del precio y los costos de la empresa. Una empresa que reduce los precios por abajo de sus márgenes de costos de producción no puede planear mantener ese precio; sería mejor detener la producción. Un precio reducido puede considerarse predatorio, siempre y cuando no se justifique por razones comerciales, tales como promociones. Algunas cortes examinan el costo promedio total. Pero en este caso, el precio de Pacific excede tanto el costo promedio como el costo de incremento o de margen.
- 4) El Noveno Circuito sigue un punto de vista que varía dependiendo de la comparación del precio/costo. Un precio por abajo del costo porcentual promedio presumiblemente es predatorio; un precio entre el costo porcentual promedio y el costo promedio total requiere de comprobación por medio de una preponderancia de las pruebas de que las ganancias del precio reducido depende en su tendencia de exclusión; y si el precio excede al costo promedio total, se requiere la comprobación de la tendencia de exclusión por medio de pruebas claras y convincentes. Esta prueba tiene una atracción, pero inquiera

profundamente en la economía y amenaza con penalizar los precios reducidos procompetitivos.

- 5) Debido a que los precios de costo reducidos que se mencionaron anteriormente, son típicamente sustentables, dichos precios están excluidos por la Ley.
- 6) BWC también reclamó que los contratos de requerimientos de Pacific fueron exclusionarios, pero en realidad no eran contratos de requerimientos; ellos le requerían a ITT que comprara cantidades específicas, más no todos los que requerían. Los contratos reflejan la práctica industrial de emitir órdenes avanzadas, y fueron razones comerciales válidas para los contratos. Todos los contratos eran exclusionarios, por lo menos para las artes y cantidades involucradas.

CAPÍTULO II

2. MONOPOLIZACIÓN

2.1 POSICIÓN DOMINANTE

Este término generalmente se aplica a conductas anticompetitivas unilaterales (o sea, de una sola empresa), aunque en algunos países el término preferido es monopolización. Para determinar si existe un abuso de posición dominante, la legislación sobre competencia usualmente exige que dentro de un mercado relevante apropiadamente definido, (en términos de mercado geográfico y mercado producto) se demuestre que la empresa acusada sea dominante, o sea, que posee algún grado de poder de mercado o control independiente sobre el precio. Una vez que se ha demostrado que una empresa es dominante, se estipulan criterios específicos para delimitar el comportamiento abusivo.

Definir dominio no es tarea fácil. Un posible comienzo sería determinar la participación en el mercado relevante de la empresa bajo investigación (el enfoque estructural).²⁴

²⁴ La Política de Competencia en la Economía Global: Una Perspectiva Latinoamericana. Banco Mundial – OCDE Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 23.

La monopolización es aquella conducta que se traduce en el poder de fijar precios, excluir competiciones, o controlar el mercado en un área geográfica. La monopolización penada por la Ley Federal Sherman en la Unión Americana es aquella que realizan personas combinando o conspirando para adquirir o mantener poder para excluir competidores de cualquier actividad o comercio, en la inteligencia de que tienen también el poder y son capaces, como grupo, de excluir competencia real o potencial, ejerciéndolo con tal intención y propósito.

Los gobiernos pueden prohibir totalmente, o por lo menos en principio, toda actividad monopolista o práctica restrictiva. Este es el régimen contemplado por México y la Unión Americana.

Con la reforma del 2 de febrero de 1983 se incluye en el texto del artículo 28 constitucional, la prohibición expresa de prácticas monopólicas:

“En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos ...las prácticas monopólicas... en los términos y condiciones que fijan las leyes”.

El artículo 8º de la ley reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los *Estados Unidos Mexicanos*, es más preciso, pues amplía el concepto de la siguiente manera:

“Quedan prohibidos ...las prácticas que, en los términos de esta ley (LFCE), disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre

concurrència en la producció, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.

Aquellas prácticas monopólicas cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia están expresamente prohibidas. La LFCE reconoce dos tipos de prácticas monopólicas y las clasifica en prácticas absolutas y prácticas relativas.

2.2 MONOPOLIZACIÓN HORIZONTAL

Las prácticas monopólicas absolutas están representadas por aquellas conductas que se presentan en forma horizontal, es decir, en el mismo nivel de la cadena productiva entre agentes económicos competidores entre sí.²⁵

En términos del artículo 9 de la LFCE, las siguientes conductas constituyen prácticas monopólicas absolutas.²⁶

- Acuerdos monopólicos entre agentes competidores entre sí para fijar el precio del bien o del servicio de que se trate (*price fixing*),

²⁵ Son competidores entre sí, aquellas personas físicas o morales que producen, procesan, distribuyen o comercializan bienes o servicios idénticos, similares o sustitutos.

²⁶ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica*, en *El Trimestre Económico*, núm. 237, enero-marzo, México, 1993, p. 3.

- Acuerdos de cártel entre agentes competidores para no producir, procesar o distribuir una cantidad limitada o restringida de bienes, o la prestación, también limitada, de servicios (*output limitations and restricting markets*).
- Acuerdos absolutos de división de mercados entre agentes competidores entre sí para establecer esferas exclusivas de influencia (*dividing markets*).
- Manipulación de licitaciones públicas (*bid rigging*).

Los cuatro tipos de conductas implican necesariamente un acuerdo de voluntades entre dos o más agentes económicos siempre competidores entre sí. Esto significa que una práctica monopólica absoluta es siempre colusiva y se realiza de manera por lo menos bilateral.

Se considera que este tipo de prácticas no reportan ninguna ventaja en eficiencia, por lo que siempre tienen efectos anticompetitivos en el mercado y, por la misma razón no admiten excepción alguna. Incluir excepciones implicaría el riesgo de aplicar discrecionalmente la ley de la materia y sujetar, por lo tanto, la actividad de la *Comisión* a consideraciones políticas más que legales o económicas. La experiencia en otros países demuestra que no son claros los probables beneficios de algunas excepciones.²⁷

²⁷ *Ibid.*, p. 4.

¿Es conveniente evaluar el poder sustancial en mercado relevante con el fin de determinar si una práctica de esta naturaleza tiene efectos anticompetitivos? La LFCE considera implícitamente que las prácticas monopólicas absolutas son en sí mismas violatorias, es decir, que este tipo de conductas tienen una presunción de ilegalidad, y que por ése solo hecho los agentes económicos que en ellas participan se convierten en acreedores de las sanciones que la misma ley dispone. S prohibición expresa y categórica evita los riesgos de la discrecionalidad al momento de tomar decisiones por parte de la autoridad competente, pues no deja dudas o lagunas en cuanto a su tratamiento.²⁸

Por eso, en el caso de prácticas monopólicas absolutas la ley de competencia sirve como un instrumento disuasivo.²⁹ En otras palabras, sólo basta con probar que la conducta tuvo verificativo, sin la necesidad de evaluarla a través de ulteriores análisis de mercado. Sin embargo, esto no necesariamente es así. En los Estados Unidos de Norteamérica, el tratamiento que reciben las prácticas monopólicas absolutas cada vez implica un análisis del mercado donde se practican, ya que ha llegado a afirmarse que una práctica de esta naturaleza puede tener ganancias en eficiencia.

²⁸ *La Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica* manifiesta respecto de este tipo de conductas la siguiente opinión: "Las prácticas monopólicas absolutas representan una conducta que se debe castigar, pues se da entre competidores, sin que exista integración productiva o distributiva que permita inferir que existen ganancias en eficiencia. Es importante que la ley emita un mensaje claro acerca de la ilegalidad de este tipo de prácticas y las castigue severamente". (p. XIII.)

²⁹ *Ibid.*, p. XIII.

Supongamos el caso en que dos agentes económicos, competidores entre sí, deciden coordinar o manipular el precio de venta de determinados productos, pero resulta que estos agentes son solamente dos pequeñas farmacias ubicadas en la misma colonia. Al no tener poder sustancias en el mercado farmacéutico, seguramente la práctica o conducta tendría nulos efectos porque los consumidores fácilmente podrían acudir a otras farmacias más baratas. Este punto en particular resulta muy controvertido; por ello se tratará con especial atención en las conclusiones. Por el momento, aceptemos que una vez que se verifica una conducta entre agentes económicos como la descrita, la autoridad puede sancionarlos.

Los contratos, convenios, arreglos o combinaciones a los que hace referencia el artículo comentado pueden ser expresos o tácitos. El consentimiento en los mismos es expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos, y es tácito cuando resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo con base en su conducta.³⁰

Lo difícil en este tipo de conductas prohibidas y sancionadas por la LFCE consiste en identificar plenamente la existencia de una obligación impuesta para no producir, procesar, distribuir o comercializar bienes o servicios; es decir,

³⁰ Artículo 1,803 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.

evidentemente en la actividad económica los contratos o convenios anticompetitivos se realizan verbalmente (*pacto entre caballeros*).

Una de las posibilidades para identificar si existe o no una obligación de este tipo, es tomar como indicio la posibilidad que tienen los agentes económicos presuntamente coludidos para imponer represalias a aquellos sujetos que incumplan el acuerdo, convenio, arreglo o combinación de que se trate.

Explicaremos cada una de las conductas que pueden dar lugar a este tipo de prácticas prohibidas por la ley,

2.2.1 Acuerdos Tendientes a la Fijación de Precios (fracción I, del artículo 9).

Todo acuerdo monopólico entre agentes económicos competidores entre sí implica la posibilidad de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto, o efecto, para estar en condiciones de ejercer poder de mercado y comportarse como un monopolista.

La fijación de precios puede ser definida como cualquier acuerdo entre competidores para aumentar o manipular el precio al que sus bienes o servicios son ofrecidos o vendidos. Esta puede darse de muy variadas maneras, y no necesariamente implica que las empresas se pongan de acuerdo para cobrar exactamente el mismo precio por un bien o servicio. Otras formas,

mas no las únicas, en virtud de las cuales los agentes económicos pueden fijar precios son:

- Incrementar los precios en un porcentaje previamente pactado, manteniendo en todo momento las mismas diferencias originales.
- Fijar de forma coordinada los términos del crédito ofrecido a sus clientes.
- No reducir precios, sin antes dar a viso a sus competidores.
- Establecer un mismo porcentaje de descuento para todos los consumidores, usuarios o clientes.
- Adoptar una misma fórmula base para el cálculo de los precios de venta de los bienes o servicios ofrecidos.
- Adherirse a los precios de una lista publicada por una asociación o cámara a la cual pertenezcan los agentes económicos involucrados.

En todos estos casos, los acuerdos colusivos tienen como finalidad que los agentes económicos que los realizan o que en ellos participan, obtengan ganancias que no lograrían en condiciones de competencia. Sin embargo, esos acuerdos no siempre son fáciles de alcanzar debido, entre otras cosas, a las características propias de cada agente económico participante (situación geográfica, poder de negociación, volumen de producción, estructura de costos, etcétera) o a que en algunos casos, no tienen la misma información sobre las características del mercado. A pesar de que los productores, procesadores,

distribuidores o comercializadores son libres de fijar sus precios, tomando en cuenta la conducta presente o futura de sus competidores, ello no significa que puedan hacerlo colusivamente.

Comúnmente, todo acuerdo en virtud del cual se fijen o manipulen los precios de bienes y servicios, incluye ciertos mecanismos para cuidar su cumplimiento. Estos mecanismos también deben considerarse ilegales, pues facilitan la colusión y van en contra de la competencia y la libre concurrencia.

El intercambio de información entre agentes económicos competidores entre sí, no es en sí mismo violatorio de la ley pero es ilegal en la medida en que tenga el objeto, o efecto, de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de los bienes o servicios, pues de esta manera representa otra de las variantes de los acuerdos monopólicos y, por lo tanto, de las prácticas monopólicas absolutas. Por lo tanto, existe un intercambio de información entre competidores que no resulta perjudicial para la competencia sino que, por el contrario, puede ser eficiente, como ocurre en el caso de información relativa al perfil de los consumidores o estimaciones sobre la demanda de ciertos bienes o servicios en una determinada región.

2.2.2 Acuerdos de Cártel (fracción II, del artículo 9)

La fracción II del artículo 9 de la LFCE se refiere a los acuerdos de cártel en virtud de los cuales los agentes económicos competidores entre sí se ponen de acuerdo para establecer obligaciones de no producir, distribuir o comercializar

sino una cantidad restringida o limitada de bienes, o para prestar de manera igualmente restringida o limitada un número, volumen o frecuencia de servicios. Mediante este tipo de acuerdos, los agentes económicos buscan obtener poder de mercado y actuar como monopolios.

Un ejemplo clásico de este tipo de conductas puede ser aquella situación en la que el agente económico "X" conviene con su competidor "Z", en que este último sólo manufacturará televisores portátiles, mientras que el primero manufacturará todos los demás tipos. De este modo, no existirá competencia entre sus productos y como consecuencia estarán en posibilidades de obtener ganancias monopólicas.

2.2.3 Acuerdos de División de Mercados (fracción III, del artículo 9)

Otro tipo de acuerdos que en términos de la LFCE implican una práctica monopólica absoluta son los llamados acuerdos de división de mercados. Se incurre en esta práctica cuando los agentes económicos competidores entre sí se dividen, distribuyen, asignan o imponen porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela,³¹

³¹ Por clientes se entiende toda persona física o moral que adquiere o pretende adquirir un bien o servicio en el mercado a un precio determinado.

proveedores,³² tiempos o espacios determinados o determinables,³³ disminuyendo, dañando o impidiendo la competencia y libre concurrencia.

Este tipo de prácticas pretenden limitar las posibilidades de entrada de competidores potenciales, lo cual aísla a los agentes económicos de la competencia externa, y les da poder para incrementar los precios de sus productos. Un ejemplo de este tipo de prácticas es un acuerdo donde el agente económico "A" pacta con su competidor "B" la división de ventas: uno en el norte y el otro en el sur de la República Mexicana, lo que evidentemente ocasiona un poder monopólico de cada agente económico en su región de influencia.

2.2.4 Manipulación de Licitaciones, Concursos, Subastas o Almoneadas Públicas (fracción IV, del artículo 9)

Una última conducta que constituye una práctica monopólica absoluta entre agentes económicos competidores entre sí, es el establecimiento, concertación

³² Por proveedor se entiende toda persona física o moral que vende bienes o servicios a los agentes económicos competidores entre sí, a un precio determinado, y no a los consumidores finales en los mercados.

³³ El tiempo puede dividirse, distribuirse, asignarse o imponerse a través de la fijación o concertación de horas, días, meses, años, estaciones, temporadas y demás. Los espacios pueden dividirse o distribuirse geográficamente.

o coordinación de posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.³⁴

Se establecen, concertan o coordinan posturas cuando dos o más agentes económicos competidores entre sí, manipulan los precios a los cuales los compradores privados o públicos adquieren bienes o servicios, acordando entre ellos quién hará la oferta ganadora. La manipulación de subastas o licitaciones tiene por objeto elevar el precio al que un comprador (a menudo el gobierno) adquiere los bienes o servicios por estos medios.

Un ejemplo puede servirnos para entender esta conducta: los postores acuerdan quién de ellos hará la oferta ganadora para un contrato que una institución, pública o privada, desea otorgar mediante subasta competitiva. Esta manipulación hace que la oferta ganadora sea inferior al precio que en condiciones competitivas se hubiera establecido. Independientemente de que se trate de un proyecto público o privado, el incremento en costos es transferido finalmente al público consumidor.

³⁴ Recordemos que al respecto, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, establece en el párrafo segundo del artículo 134, lo siguiente: "*Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.*"

Existen muchas variantes de esquemas de manipulación de subastas; las tres más comunes son:

2.2.4.1 Supresión de posturas

Es el acto mediante el cual los agentes económicos competidores entre sí se ponen de acuerdo en que uno de ellos se abstenga de presentar su postura o retirarla para asegurar que un postor determinado sea el ganador.

2.2.4.2 Posturas sombra, complementarias, protectoras o cubiertas

En este tipo de manipulación los oferentes acuerdan postular ofertas simbólicas, generalmente muy altas o que no son aceptables por algún otro motivo, de manera que se garantice que gane la oferta el postor previamente seleccionado, y se cumplan requisitos en cuanto al número mínimo de participantes de la subasta.

2.2.4.3 Rotación de Posturas

En este tipo de esquemas todos los competidores participantes postulan ofertas, pero se turnan en ofrecer la más baja, de manera que todos van obteniendo una participación de ganancias. En este caso, el postor ganador comparte sus ganancias con los supuestos perdedores.

2.3 MONOPOLIZACIÓN HORIZONTAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. LIMITACIONES HORIZONTALES AL COMERCIO: COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

2.3.1 Desarrollo inicial de la regla de la razón: ilegalidad per se de la fijación de precios.

2.3.1.1 Introducción.

Un "cartel" es una asociación de compañías que cooperan para eliminar a la competencia entre ellas fijando precios, asignando producción o territorios, etc. En otras palabras, las restricciones horizontales a la competencia son las que se acuerdan en forma de convenios o conspiraciones entre compañías competidoras al mismo nivel (p.e., compañías manufactureras en competencia, distribuidores, etc.).

2.3.1.2 Antecedentes de los Carteles

2.3.1.2.1 Factores necesarios para un cartel efectivo.

Organizar un cartel efectivo no es tan sencillo como podría pensarse. Deberán considerarse los siguientes factores:

- 1) Número de compañías involucradas.

- 2) Elasticidad de la demanda para el producto.
- 3) Impedir o restringir la entrada de otras compañías a la industria.
- 4) Vigilar los arreglos de tal manera que no haya desertores.
- 5) Determinar los montos adecuados de producción, los precios que deberán cargarse, etc.
- 6) Ajustarse a los cambios del mercado, como es la demanda, etc.

2.3.1.2.2 Propósito de los carteles.

Los carteles son manejados por los negocios con un propósito: eliminar a la competencia y por lo tanto obtener más utilidades de las que podrían obtenerse en otro caso. Los argumentos de que los precios que se cargan en una industria organizada en carteles no son irracionales, deberán considerarse con cautela.

- 1) Los carteles distorsionan la asignación de recursos al intentar impedir la entrada de la cantidad máxima de recursos que normalmente estarían en la industria.
- 2) Aun cuando las ganancias de los miembros de un cartel no sean altas, éste no es un buen argumento para respaldar al cartel debido a que:
 - a) Puede haber ineficiencias en la administración.
 - b) Las ganancias pueden ser mayores que si existe competencia.

c) La información sobre el rendimiento de la inversión es engañosa.

2.3.1.3 Desarrollo de la Regla "Per se" sobre Fijación de Precios

2.3.1.3.1 Introducción.

Los tribunales indican que son sólo las "restricciones horizontales irracionales" las que violan las leyes antimonopolio. Iniciando con *Estados Unidos v. Addyston Pipe & Steel Co.*, más adelante, el Tribunal indicó que si la restricción involucrada era una restricción "directa" (es decir, no accesoria), entonces la restricción era ilegal. No hacía ninguna diferencia si todavía había competencia, cuál era el objeto de la restricción, etc. El argumento en este caso es el precursor de la regla de que los arreglos horizontales de fijación de precios son per se restricciones irracionales.

2.3.1.3.2 Reglas per se.

La aplicación de la regla per se hace que la cuestión más importante en un caso sea la del hecho. Por ejemplo, la fijación de precios ya no es una restricción "accesoria" del comercio; no existe ya ninguna duda acerca del grado o la intención que deba resolverse. Las dudas acerca del daño que puede resultar se responden en una presunción general de que perjudica la competencia. Así, la fijación de precios horizontal es per se ilegal.

2.3.1.3.2.1 Reglas de prueba.

Las reglas per se son reglas de prueba. Si el querellante demuestra que se ha dado fijación de precios (una cuestión de hecho), entonces la presunción se materializa y debe seguirse sentencia.

2.3.1.3.2.2 Prácticas que no son ilegales per se.

Si los tribunales convienen en que una práctica no es per se ilegal, están diciendo que se debe juzgar el efecto real en la competencia en cada caso, porque puede haber algunos casos cuando dicha práctica tenga muy poco efecto o ningún efecto inhibitorio.

2.3.1.3.2.3 Limitaciones en las reglas per se.

Es peligroso calificar algo como ilegal per se. Por ejemplo, decir que la "fijación de precios" es ilegal per se, es decir que en cada caso donde se demuestra dicha fijación es ilegal. Sin embargo, casi siempre hay una excepción cuando los tribunales no desean resolver que algo es ilegal que ha sido etiquetado como ilegal per se. [Véase *Chicago Board of Trade v. United States*, más adelante].

2.3.1.4 Primeros casos.

2.3.1.4.1 La Ley Sherman hace ilegal "todos los contratos que restringen el comercio": *Estados Unidos Vs. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

2.3.1.4.1.1 Hechos.

Estados Unidos (EE.UU.) entabló una demanda conforme a la sección 1 de la Ley Sherman para disolver la Trans Missouri Freight Association (TMFA) una asociación de dieciocho ferrocarriles cuyas líneas corrían desde el Río Mississippi hasta la Costa Oeste, controlando la mayor parte de los fletes en esta área. TMFA establece tarifas, normas etc., e impone sanciones en caso de violaciones. EE.UU. reclama que esta conducta constituye una restricción al comercio. TMFA argumenta que la sección 1 prohíbe exclusivamente las limitaciones que se han considerado ilegales en common law o el derecho angloamericano. El tribunal de apelaciones declaró improcedente la demanda. EE.UU. apela.

2.3.1.4.1.2 Litis.

¿La Ley Sherman prohíbe sólo aquellas restricciones al comercio que estaban prohibidas en el derecho angloamericano?

2.3.1.4.1.3 Resolución.

No. La sentencia fue revocada.

- (1) La Ley Sherman dice que "todos los contratos que restringen el comercio" son ilegales. Es innecesario resolver si esta restricción en particular era válida en el derecho angloamericano.

2.3.1.4.2 Restricciones accesorias sostenidas – Estados Unidos v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898).

2.3.1.4.2.1 Hechos.

La Joint Traffic Association (JTA, demandada) era una asociación de ferrocarriles que operaban entre Chicago y Atlanta, y se habían combinado para controlar las tarifas. Estados Unidos (EE.UU., demandante) entabló una demanda conforme a la sección 1 de la Ley Sherman, argumentando que la fijación de tarifas era una restricción a la competencia. JTA argumentó que la fijación de tarifas era necesaria con el fin de evitar una competencia funesta, y que a menos que se detuviera dicha competencia, a la larga el consumidor pagaría precios aún mayores.

2.3.1.4.2.2 Litis.

¿Un convenio entre ferrocarriles en competencia que fije tarifas de fletes puede considerarse una violación de la sección 1 de la Ley Sherman?

2.3.1.4.2.3 Resolución.

Sí.

- (1) Un convenio para fijar precios en comercio interestatal entre competidores es ilegal en prima facie, conforme a la sección 1 de la Ley Sherman.

- (2) No hace ninguna diferencia si la competencia libre aumenta o disminuye los precios. La prueba es si dicho convenio para fijar precios entre competidores tiene un efecto directo e inmediato para restringir la competencia.
- (3) Existen algunas restricciones que son indirectas (p.e., formación de asociaciones, nombramiento por parte de dos agentes independientes de un agente de ventas común, etc.). Estas restricciones son "accesorias" y aceptables. No obstante, la restricción en este caso no fue de este tipo.

2.3.1.4.2.4 Comentario:

El Tribunal en este caso adoptó una "regla de la razón" para evaluar las restricciones horizontales.

2.3.1.5 Propósito o intento de restricción – Estados Unidos v. Addyston Pipe & Steel Co., 175 U.S. 211 (1899).

2.3.1.5.1 Hechos.

Addyston Pipe & Steel Co., (APSC, demandado) y cinco compañías más fabricaban y vendían tubo de hierro en los estados del centro y del sur de los Estados Unidos. Estas compañías habían celebrado un contrato de dos años para dividir el territorio de ventas y fijar precios. Algunas de las ciudades fueron asignadas a los miembros estableciendo las tarifas; en otras áreas se realizó

una subasta secreta y el ganador pagaba una prima a la asociación. En el "territorio libre" los miembros podían vender sin restricciones porque había una competencia externa considerable en este territorio. Los miembros tenían una capacidad de 220,000 toneladas. Los no miembros en el territorio restringido tenían una capacidad de 170,000 toneladas y en el territorio libre de 348,000 toneladas. Había una ventaja de precio significativa en el territorio restringido sobre los externos debido a los costos de flete. Esto en teoría establecía el precio máximo que podía cobrarse. Estado Unidos (EE.UU. demandante), entabló una demanda conforme a la sección 1 de la Ley Sherman contra APSC. El demandado, APSC, argumentó que su objetivo era impedir una competencia destructiva, que sólo se cobraban precios razonables, que continuaba la competencia de los que no eran miembros, y que los precios que se cobraban en el territorio libre eran siempre menores porque vendían con pérdida para mantener sus plantas en funcionamiento.

2.3.1.5.2 Litis.

¿Un convenio horizontal entre competidores para asignarse territorios y fijar los precios puede considerarse una restricción ilegal del comercio conforme a la sección 1 de la Ley Sherman?

2.3.1.5.3 Resolución.

Sí, sentencia a favor de EE.UU.

- a) Cualquier cosa que sea ilegal en el derecho angloamericano es ilegal en este caso. El derecho angloamericano permite sólo restricciones "accesorias" razonables.
- b) Las restricciones en este caso tenían el único propósito y objetivo de restringir la competencia. En esta situación no hace diferencia cuán razonables eran los precios, cuánta competencia existía, o cuál era la necesidad de evitar problemas financieros.
- c) Además, respecto a los hechos, los miembros en sus territorios reservados realmente no tenían competencia.

2.3.1.6 Fijación de precios y la regla de la razón: Chicago Board of Trade v. Estados Unidos, 246 U.S. 231 (1918).

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

2.3.1.6.1 Hechos.

La mayor parte de la comercialización de granos en los Estados Unidos se realiza a través del Chicago Board of Trade (CBT, demandado). Los tres tipos básicos de comercialización son: (i) ventas spot (ventas para entrega inmediata); (ii) ventas futuras (ventas que se hacen para entregarse en el futuro); y (iii) ventas "por llegar" (ventas que se entregan cuando el grano llega a Chicago). Las ventas spot y a futuro son realizadas por el CBT durante sesiones regulares, pero las ventas "por llegar" se hacen sólo después del cierre de las sesiones regulares, en sesiones especiales llamadas *Calls* (Convocatorias de compra). El CBT adoptó una regla de *Call* mediante la cual las ventas "por llegar" no podían hacerse a ningún otro precio que no fuera la

oferta o postura de cierre en la Convocatoria de compra de cada día. El CBT argumentaba que la intención de la regla no era impedir la competencia ni controlar los precios, sino dar a los miembros horas limitadas de negocio, y romper un monopolio específico que sostenían los bodegueros de Chicago. El tribunal de primera instancia paró los alegatos respecto al propósito de la regla y prohibió su instrumentación. CBT apela.

2.3.1.6.2 Litis.

¿Pueden permitirse restricciones al comercio que puedan tener efectos anticompetitivos si son razonables (es decir, tienen algún beneficio económico)?

2.3.1.6.3 Resolución.

Sí. Sentencia revocada.

a) EE.UU. argumenta que cualquier convenio que fije precios es una restricción ilegal del comercio, pero cada convenio o reglamento restringe la competencia. La prueba real es si la restricción impuesta meramente regula y por lo tanto promueve la competencia o en realidad suprime o destruye la competencia. Esta prueba requiere la consideración de diversos factores:

- (1) Los hechos típicos del negocio al cual se aplica la restricción;
- (2) Su situación antes o después de imponer la restricción;

- (3) La naturaleza de la restricción, su alcance y su efecto, real o probable, así como la razón por la cual fue adoptada.
- b) En este caso, la naturaleza de la regla fue pedir a los miembros que querían comprar grano “por llegar”, que decidieran antes del cierre de la Convocatoria de compra cuánto deseaban pagar. La regla los estimulaba a asistir a la Convocatoria, donde podían efectuar la oferta final según fuera necesario.
 - c) El alcance de la regla se limitaba a contratos de grano “por llegar”. Esta era una pequeña parte del mercado total, y la restricción aplicaba sólo a una pequeña parte del negocio diario. Cada cámara de comercio impone algunas restricciones a la realización de los negocios por parte de sus miembros, y las restricciones impuestas por el CBT en este caso, con intención de acortar el día de trabajo, no son significativas.
 - d) La regla tenía un efecto mínimo en los precios generales del mercado y el volumen de comercio embarcado a Chicago. Al mismo tiempo tenía diversos beneficios, incluyendo (i) la creación de un mercado público para el grano “por llegar”; (ii) reunir a los compradores y vendedores durante la Convocatoria de compra; (iii) aumentar la participación de los distribuidores del país en el mercado y por lo tanto mejorar la competencia; y (iv) hacer posible que los comerciantes negociaran un pequeño margen, haciendo que el mercado de Chicago fuera más eficiente.

2.3.1.6.4 Comentario.

Este caso es difícil de reconciliar con los casos siguientes, aun cuando sigue siendo válido y legalmente suficiente. Podría significar:

- a) Si el tribunal puede ver con claridad que el efecto en la competencia es mínimo, no invalidará el convenio de fijación de precios.
- b) El caso puede ser similar a los que sostienen restricciones "accesorias" que no son irracionales. Éste es en esencia un argumento de "propósito". El problema es que cada convenio para fijar precios puede caracterizarse por tener otros propósitos legítimos.
- c) El caso puede interpretarse como que los convenios entre competidores, aun cuando afecten los precios, pueden ser legales si mejoran el funcionamiento de un mercado competitivo.

2.3.1.7 Irracionalidad per se de la fijación de precios: Estados Unidos v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

2.3.1.7.1 Hechos.

Trenton Potteries Co. (TPC, demandado) y otras personas y compañías, que conjuntamente controlaban el 82% del negocio de manufactura y distribución de cerámica vidriada (accesorios para baño) en los Estados Unidos, formaron una

asociación comercial a través de la cual fijaban precios y limitaban las ventas a una lista selecta de mayoristas. El demandado, TPC, fue llevado a juicio por violaciones a la Ley Sherman. En el juicio, el juez retiró del jurado la consideración de racionalidad de las restricciones. El tribunal de apelaciones revocó la sentencia y Estados Unidos (EE.UU. demandante) apeló.

2.3.1.7.2 Litis.

¿Son ilegales per se todos los convenios horizontales de fijación de precios?

2.3.1.7.3 Resolución.

Sí. Sentencia revocada.

- a) Los casos de la Standard Oil y American Tobacco Co., sostenían que sólo las restricciones irracionales sobre el comercio interestatal estaban prohibidas por la Ley Sherman. Esto no significa que se permite un esquema de fijación de precios siempre y cuando los precios sean razonables.
- b) La racionalidad de las restricciones al comercio debe determinarse a la luz del supuesto básico de la Ley Sherman, que es que el interés público se protege mejor de los males del monopolio y del control de precios manteniendo la competencia. Sin embargo, el propósito y el resultado de cada convenio de fijación de precios es eliminar una

forma de competencia. El poder de fijar precios incluye el poder de controlar el mercado y fijar precios irracionales.

- c) Una prueba que hace la diferencia entre la conducta legal e ilegal se basa en que si los precios son razonables no podrían hacerse valer porque las condiciones económicas que afectan la racionalidad de un precio varían día a día. La Ley Sherman no sólo prohíbe infligir un tipo en particular de perjuicio público; también es una limitación de derechos que puedan llegar a tener consecuencias nefastas. Por estas razones, la fijación de precios está prohibida por la Ley Sherman, sin importar la racionalidad de los precios convenidos.
- d) TPC argumenta que *Chicago Board of Trade* permite controles de precios razonables. Ese caso, sin embargo, trataba de la regulación de una cámara de comercio, y estaba limitado a un mercado pequeño y sólo a una parte del día hábil. Ese caso no permite un convenio de precios entre competidores en un mercado abierto.

2.3.1.7.4 Comentario.

En *Appalachian Coals v. Estados Unidos*, 288 U.S. 344 (1933), el Tribunal falló a favor de una organización de productores regionales de carbón que designaron a la organización como su agente de ventas exclusivo. La organización fue creada para enfrentar la condición de depresión de la industria del carbón en los Apalaches. El Tribunal hizo notar que la organización no tenía

el poder de fijar los precios porque otros productores también vendían en la región. Este caso surgió durante la Gran Depresión, sin embargo, y no ha tenido ninguna sucesión significativa.

2.3.1.8 Reafirmación de Trenton: Estados Unidos v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940) Oil Co.

2.3.1.8.1 Hechos.

Socony-Vacuum Oil Co. (SVOC, demandado) y otras grandes compañías petroleras integradas vendían grandes cantidades de gasolina a mayoristas que a su vez la suministraban a las estaciones de servicio. Los precios estaban basados en el precio del mercado spot para la gasolina. Los estados en la región trataron de restringir la producción, pero mucho del petróleo se producía ilegalmente. Al venderse, este petróleo ilegal hacía bajar los precios considerablemente. Como resultado, refinadores independientes que dependían del petróleo legal tenían que vender su gasolina tan rápido como se producía a precios reducidos o castigados. Los demandados convinieron entre ellos en comprar la gasolina castigada a refinadores especificados a precios de mercado. El resultado era eliminar la gasolina castigada como un factor de mercado y aumentar los precios a mayoristas y distribuidores. SVOC fue acusado de violación de la Ley Sherman. El tribunal de primera instancia instruyó al jurado que la fijación de precios era per se una violación de la Ley Sherman, sin tomar en cuenta la racionalidad de los precios, y que podría obtenerse una condena penal si el jurado encontraba, sin ninguna duda

razonable, que el aumento de precios era causado por la combinación y no exclusivamente por otros factores. El tribunal de apelaciones revocó la sentencia y ordenó un nuevo juicio, sosteniendo que la combinación no era per se ilegal y que el jurado debería determinar si las actividades promovían más que la alteración de la competencia, la libre competencia. Estados Unidos apela.

2.3.1.8.2 Litis.

¿Hacen alguna diferencia los motivos o propósitos de una combinación de competidores para la fijación horizontal de precios?

2.3.1.8.3 Resolución.

No. La fijación de precios es ilegal per se.

- a) Está claro en *Trenton Potteries* que un convenio para fijar precios, realizado por competidores que controlan una parte sustancial de una industria, es una restricción no razonable del comercio sin importar las buenas intenciones o la racionalidad de los precios. Cualesquiera que sean los medios utilizados para lograrla, la fijación de precios es ilegal per se.
- b) SVOC argumenta que *Appalachian Coals* y *Chicago Board of Trade* ofrecen excepciones. *Appalachian Coals* no involucraba un plan para fijar precios, y cualquier efecto en los precios que pudiera tener el

plan eran incidentales y por presunción, puesto que el plan no se había puesto todavía en funcionamiento. El tribunal de distrito conservaría la jurisdicción en caso de que la operación real del plan demostrara una restricción indebida al comercio interestatal. El plan de SVOC en este caso tenía la intención y el efecto de aumentar los precios. El caso de *Chicago* no involucraba una manipulación de precios ni tampoco tenía el propósito ni el efecto de aumentar los precios; era meramente una regla que regulaba el período de determinación de precios.

- c) SVOC también argumentaba que *Trenton Potteries* involucraba la sustitución de un precio convenido por un precio competitivo por partes que tenían el poder y el propósito de suprimir la participación de la competencia, mientras que SVOC compraba el petróleo castigado a precios de mercado, y el único efecto de la práctica era eliminar a un mal en la competencia. Asimismo, SVOC argumentaba que no tenía el poder de fijar precios arbitrarios no competitivos. Sin embargo, había evidencia de que SVOC intentaba aumentar los precios y en realidad estaba teniendo éxito en ello, y bastaba sólo con que los programas de compra de SVOC dieran por resultado un aumento de precio que no se habría dado de otra manera. No importa que las ventas en el mercado spot siguieran siendo reguladas por la competencia; el esquema claramente reducía la competencia.

- d) La eliminación de los males en la competencia no es una excepción ante las violaciones de la Ley Sherman; si lo fuera, la Ley no tendría sentido. La ley no está limitada a la remoción del poder monopólico, sino que aplica a cualquier combinación que manipula y altera las estructuras de precios. Aun cuando SVOC no tenía el poder de controlar el mercado, al estabilizar los precios, manipulaba y alteraba las estructuras de precios. Los precios no necesitaban ser rígidos y uniformes para ser fijados. Aun cuando había fluctuación en los precios que pagaba SVOC, eran precios fijados porque eran precios convenidos.

2.3.1.8.4 Comentario.

La opinión parece crear un requerimiento acerca del efecto real sobre los precios y un requerimiento de que esté involucrada una parte sustancial del comercio. Sin embargo, en una famosa nota a pie de página, el Magistrado Douglas indicó que podía existir una conspiración ilegal aun cuando la combinación no cometiera ningún acto manifiesto, no tuviera un poder real para afectar los precios y la cantidad de comercio involucrado no fuera sustancial.

2.4 ENFOQUE MODERNO PARA DETERMINAR SI LAS RESTRICCIONES SON RAZONABLES

2.4.1 Introducción.

Aun cuando la opinión *Socony* aparentemente sostenía que cualquier convenio entre competidores que tuviera un efecto sobre el precio es ilegal, la opinión no invalidó la regla de la razón establecida por *Standard Oil*. Así, algunas restricciones pueden defenderse siempre y cuando sean "razonables". Al evaluar una conducta específica, la primera determinación debería ser si la conducta fija los precios y es per se ilegal. Si existen factores atenuantes que lleven a la conducta dentro de la regla de la razón, la siguiente determinación es a cuál de las partes corresponde la carga de la prueba y persuasión.

2.4.2 Restricciones Competitivas además de la Fijación de Precios.

Los Competidores podrán convenir en prácticas que no sean la fijación directa de precios que tengan efectos similares. Algunas de estas alternativas pueden ser incluso más efectivas para dar el control sobre los precios a compañías en competencia más que la fijación directa de precios. Con la fijación de precios, ninguna compañía tiene garantizado el ganar participación de mercado, pero bajo otros arreglos, la participación de mercado puede asignarse específicamente entre los competidores.

2.4.2.1 Limitaciones a la producción.

Los competidores pueden convenir en dividirse el mercado con base en limitaciones a la producción, tales como la limitación de las horas de operación de una planta, o canalizando el negocio a través de un agente de ventas común. Esta práctica se ve tipificada por el cartel petrolero de la OPEP.

2.4.2.2 División del territorio de ventas.

Los competidores pueden convenir en dividir el mercado por región geográfica, otorgando derechos exclusivos en territorios específicos.

2.4.2.3 División del mercado por clase de cliente.

Los competidores pueden convenir en dividir el mercado por tipo de consumidor.

2.4.2.4 Efectos de convenios anticompetitivos.

Los efectos adversos de los convenios anticompetitivos pueden incluir: (i) limitación de la expansión de las compañías que podrían hacerlo; (ii) protección de los productores menos eficientes; (iii) otorgamiento del control de precios a las compañías participantes; y (iv) limitación de nuevos métodos y productos desarrollados por una compañía para su mercado.

2.4.3 Divisiones Territoriales: Estados Unidos v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972).

2.4.3.1 Hechos.

Veinticinco cadenas de alimentos de pequeñas a medianas formaron una asociación de compra en cooperativa, Topco Associates, Inc. (TAI, demandado), que tenía proveedores que fabricaban marcas con etiquetas de Topco para los miembros. Las ventas combinadas de TAI llegaron a un total de US\$2,300 millones, mayores que las tres cadenas nacionales de abarrotes. Cada miembro tenía entre 1.5% y 16% del mercado en su área, comparable con las cadenas nacionales; las etiquetas Topco llegaron a representar el 10% de las ventas de los miembros. Las reglas de TAI estipulaban que cada miembro tenía un derecho casi de veto sobre nuevos miembros que se adhirieran a la asociación, protegiendo así el mercado geográfico competitivo de cada uno de los miembros. Las reglas también disponían que ningún miembro podía vender marcas Topco salvo en el área donde tenía licencia de TAI, y la mayoría de estas licencias eran licencias exclusivas. Se requería permiso de TAI antes de que un miembro pudiera vender etiquetas de Topco al mayoreo. Dicho permiso había sido solicitado por algunos de los miembros, pero nunca había sido otorgado por TAI. Estados Unidos (EE.UU., demandante) entabló una demanda para prohibir la operación de TAI. El tribunal de primera instancia encontró que aun cuando el convenio impedía la competencia en las

marcas Topco, mejoraba la competencia en general permitiendo que los miembros compitieran con mayor efectividad. EE.UU., apeló.

2.4.3.2 Litis.

¿Pueden unirse competidores relativamente pequeños en una cooperativa para competir mejor contra los grandes competidores si su cooperación comprende asignaciones territoriales?

2.4.3.3 Resolución.

No. Sentencia revocada.

- 1) Los convenios entre competidores en el mismo nivel de mercado para asignar territorios con el fin de minimizar la competencia es una violación clásica per se de la Ley Sherman. Las limitaciones territoriales horizontales se han sostenido en forma consistente como ilegales ya que restringen el comercio sin ningún otro fin más que limitar la competencia.
- 2) Los tribunales no pueden sopesar los efectos de destruir la competencia en un sector de la economía contra los beneficios de mejorar la competencia en otro. Eso lo debe realizar el Congreso. Los tribunales no están en posición de evaluar los méritos de intereses complejos en competencia y la información que se utilizaría para apoyar las diferentes posiciones.

2.4.3.4 Inconformidad.

Los tribunales nunca antes habían sostenido que los convenios de participación de mercado son ilegales per se. Este plan promueve la competencia. No existiría una regla per se en situaciones donde no hay fijación de precios, donde sólo están involucrados productos con marcas registradas, y donde no hay un monopolio ni quasi- monopolio en los productos involucrados.

2.4.3.5 Reenvío de la causa.

Con la devolución, el tribunal de primera instancia permitió a TAI continuar otorgando áreas de "responsabilidad primaria" a sus miembros y permitió los "cruces" por medio de los cuales si un miembro vendía productos Topco fuera de su área de responsabilidad primaria tuviera que pagar una participación prorrateada de los gastos de publicidad y demás gastos promocionales de los miembros que tenían dicho territorio como territorio primario.

2.4.4 Doctrina de Productos Independientes: Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979).

2.4.4.1 Hechos.

Broadcast Music Inc. (BMI) y la American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), (demandados) estaban organizados como "cámaras de compensación" para los propietarios y usuarios de derechos de autor con el fin de resolver problemas prácticos asociados con el otorgamiento de licencias de

música. Los propietarios de derechos de autor otorgan a los demandados derechos no exclusivos de licencia para presentaciones no teatrales de sus obras, y los demandados expiden licencias y después distribuyen las regalías correspondientes a los propietarios. Los demandados utilizan licencias colectivas, lo que permite a los licenciarios utilizar cualesquiera obras propiedad de los miembros de BMI y ASCAP. Columbia Broadcasting System (CBS, demandante) entabló una demanda alegando que BMI y ASCAP eran monopolios ilegales y que la licencia colectiva es una fijación de precios ilegal, un convenio atado ilegal, una negación concertada a un trato, y un mal uso de los derechos de autor. El tribunal de distrito consideró improcedente la demanda sobre la base de que puede contarse con la negociación directa con los propietarios individuales de derechos de autor y además es factible. El tribunal de apelaciones sostuvo que las licencias colectivas eran una forma de fijación de precios, ilegal per se. Los demandados BMI y ASCAP apelaron.

2.4.4.2 Litis.

¿Deben los tribunales considerar las realidades prácticas de una industria al determinar si una práctica en particular cae dentro de la regla per se?

2.4.4.3 Resolución.

Sí. Sentencia revocada y devolución de la causa.

- 1) Sólo después de experiencia considerable con algunas relaciones comerciales pueden los tribunales clasificarlas como violaciones per

se. Este caso marca la primera vez que esta práctica ha sido revisada por este Tribunal. ASCAP opera conforme a un decreto de consentimiento formulado para asegurar libertad de competencia y existen indicios que estas prácticas pueden tener virtudes competitivas de compensación.

- 2) La licencia colectiva desempeña un servicio útil e incluso necesario evitando miles de negociaciones individuales. La licencia colectiva es en realidad un producto diferente de las composiciones individuales. Otorga a los licenciarios derechos y flexibilidad que no podrían adquirirse poniéndose en contacto con cada compositor individual. Así, BMI y ASCAP no son en realidad agencias de ventas conjuntas que ofrecen los bienes de muchos vendedores combinados, sino vendedores independientes de licencias colectivas. La práctica de los demandados BMI y ASCAP no es una violación per se, y deberá examinarse conforme a la regla de la razón.

2.4.5 Fijación de precios máximos por los Médicos: Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

2.4.5.1 Hechos.

Cerca del 70% de los médicos en el Condado de Maricopa eran miembros de la Sociedad Médica del Condado de Maricopa (MCMD, demandado). El demandado, MCMD, proporcionaba servicios de revisión a colegas, estaba

autorizado para expedir cheques en cuentas de la compañía de seguros para pagar a los médicos por los servicios proporcionados a personas aseguradas, y establecía un programa de honorarios máximos que los doctores participantes podían cobrar a los pacientes asegurados. MCMD utilizaba valores relativos de diversos servicios médicos y factores de conversión para diferentes especialidades médicas con el fin de determinar los honorarios por cobrar. El consejo de administración de MCMD preparaba el programa de honorarios y los miembros lo aprobaban por votación. Los médicos tenían libertad de cargar a los pacientes asegurados honorarios menores y podían cobrar los honorarios que quisieran a los pacientes no asegurados. Arizona (demandante) entabló una demanda argumentando que el efecto de esta práctica era estabilizar los honorarios a un nivel alto, lo que a su vez aumentaba las primas de seguros. MCMD argumentó que el límite de los honorarios en realidad hacía menos costoso el seguro y representaba ahorros para los pacientes y aseguradores. Arizona presentó una moción de sentencia sumaria. El tribunal de apelaciones sostuvo que era necesario un juicio completo sobre los méritos. La Suprema Corte otorgó auto de conocimiento de causa (*certiorari*).

2.4.5.2 Litis.

¿Es un convenio entre médicos para establecer honorarios máximos una violación per se de la Ley Sherman?

2.4.5.3 Resolución.

Sí. Sentencia revocada.

- 1) Los casos anteriores han establecido que los convenios horizontales para fijar precios máximos se encuentran sobre la misma base jurídica que los convenios para fijar precios mínimos o precios uniformes. La regla per se refleja confianza en la competencia de precios como una fuerza del mercado. Al establecer un precio máximo, MCMD proporciona las mismas compensaciones económicas a todos los médicos independientemente de su habilidad, experiencia, capacitación, servicios especiales o innovadores. También podría degenerar en un convenio para fijar precios uniformes.
- 2) Es irrelevante que los médicos sean profesionistas. El convenio no está basado en requerimientos éticos o de servicio público.
- 3) Aun cuando el Tribunal no ha aplicado anteriormente la regla per se a la industria de la salud, no existe ningún requerimiento de que el Tribunal tenga experiencia antimonopolio en una industria en particular antes de aplicar la regla per se. El propósito de la regla per se es evitar litigios innecesarios.

- 4) MCMD argumenta que su actividad tiene justificaciones procompetitivas. Sin embargo, el potencial anticompetitivo inherente a todos los convenios de fijación de precios justifica su invalidación nominal a pesar de los alegatos de justificaciones procompetitivas, debido a que es muy improbable que dichos argumentos demuestren ser significativos. Incluso si un programa de honorarios máximos tiene ventajas económicas reales, no hay razón por la cual los médicos deban establecer los honorarios.

- 5) MCMC también argumenta que su práctica es meramente la fijación de precios literal como la involucrada en el caso *Broadcast Music*. Ese caso comprendía un producto, la licencia colectiva, que era totalmente diferente de lo que un compositor podía otorgar. Aun cuando los compositores delegaron a BMI el poder de fijar el precio para la licencia colectiva, esto solamente reflejaba el hecho de que el precio tenía que establecerse de alguna manera. No limitaba el poder de los compositores individuales de fijar un precio por sus obras individuales. En este caso, sin embargo, todos los miembros de MCMD competían entre sí por los pacientes. Esta situación es diferente a una situación en la que los doctores en una clínica acuerdan los precios a cobrar por la clínica por una cobertura médica completa.

2.4.6 Canon de Etica: National Society of Professional Engineers v. Estados Unidos, 435 U.S. 679 (1978)

2.4.6.1 Hechos.

La National Society of Professional Engineers (NSPE, demandado) adoptó un canon de ética que prohibía posturas competitivas entre sus miembros. Estados Unidos (EE.UU., demandante) acusó a NSPE de que este canon violaba la Sección 1 Estados Unidos de la Ley Sherman como interferencia con la estructura de precios de los honorarios de ingenieros. NSPE admitió los hechos alegados pero argumentó que el canon era razonable debido a que la competencia entre los ingenieros profesionales era contraria al interés público de tener seguridad en el diseño y las estructuras. El tribunal de distrito resolvió que el canon era ilegal per se, de tal manera que la validez del argumento de racionalidad presentado por NSPE resultó irrelevante. El tribunal de apelaciones lo ratificó. La Suprema Corte otorgó un auto para avocarse al conocimiento de la causa (*certiorari*).

2.4.6.2 Litis.

¿Podría el tribunal considerar factores no económicos para determinar si una restricción particular al comercio es razonable?

2.4.6.3 Resolución.

No. Sentencia confirmada.

- 1) La regla de la razón no abre un análisis antimonopolio a ningún argumento que pueda caer dentro del reino de la razón. La única pregunta ordenada por la regla de la razón es si el convenio objetado promueve la competencia o la suprime.

- 2) La Ley Sherman refleja una sentencia legislativa que finalmente la competencia producirá no sólo precios más bajos, sino también mejores bienes y servicios. La política establecida por ley impide una investigación acerca de si la competencia es buena o mala. Debido a que el canon de la NSPE es anticompetitivo, no puede sostenerse.

2.4.6.4 Concurrencia (Blackmun, Rehnquist, JJ.).

El canon de NSPE es demasiado amplio y por lo tanto ilegal, pero pueden existir normas éticas que tengan un efecto anticompetitivo mayor al mínimo y que, sin embargo, sean importantes en el ordenamiento adecuado de una profesión.

2.4.7 Restricciones Horizontales Necesarias: National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984)

2.4.7.1 Hechos.

La National Collegiate Athletic Association (NCAA, Collegiate Athletic demandado) adoptó un plan para televisar los juegos de futbol en los que participaban sus miembros. El objetivo deseado del plan era minimizar los

efectos adversos de la televisión en vivo sobre la asistencia a los juegos de fútbol. Conforme al plan, ABC y CBS tenían permiso de transmitir 14 juegos cada uno. Cada cadena de televisión tenía permiso de seleccionar los juegos que deseaba televisar; una vez que se hacía la primera elección para una fecha determinada, esa cadena tenía el derecho exclusivo de presentar una oferta a un precio fijado. Las escuelas involucradas no podían vender los derechos de televisión a otra cadena. El plan también creaba requerimientos y limitaciones de aparición. El Board of Regents de la Universidad de Oklahoma (BOR, demandante) y otras universidades formaron una Asociación de Fútbol Colegial (CFA) para negociar las apariciones en televisión de los juegos de fútbol fuera del plan de la NCAA. NCAA anunció que ejercería medidas disciplinarias para cualquiera de sus miembros que participara en el arreglo de la CFA. En respuesta, BOR entabló una demanda. El tribunal de primera instancia encontró que el plan de NCAA tenía efectos anticompetitivos significativos, incluyendo la restricción del número de juegos televisados y, por lo tanto aumentaba el precio que las cadenas pagaban por los derechos. El tribunal resolvió que el plan de NCAA era una violación de la Ley Sherman. La suprema Corte otorgó auto para avocarse al conocimiento de la causa (*certiorari*).

2.4.7.2 Litis.

¿Un plan de una organización de universidades para restringir las limitaciones entre las cadenas de televisión y los miembros de universidades para televisar los juegos de fútbol es una violación per se de la Ley Sherman?

2.4.7.3 Resolución.

No. Sentencia confirmada conforme a la regla de la razón.

- 1) Por lo general, la fijación de precios horizontal y la limitación de resultados se consideran ilegales per se. La regla per se no aplica en este caso, sin embargo, porque la industria involucrada – los juegos universitarios de fútbol- requieren restricciones horizontales a la competencia para que puedan existir. Las diferentes universidades deben acordar ciertas reglas básicas, incluyendo las reglas del juego mismo y la elegibilidad de los jugadores para preservar la naturaleza y calidad del producto. La NCAA es vital en este proceso como un medio para obtener los convenios mutuos necesarios. La regla de la razón debe usarse para evaluar la importancia competitiva de la restricción objetada.

- 2) El tribunal de primera instancia encontró que el plan de la NCAA, restringiendo el precio y la transmisión, tenía un efecto anticompetitivo significativo. Pero si no fuera por el plan, se televisarían mucho más juegos y a precios más bajos para las cadenas. El plan elimina a los competidores del mercado. La NCAA claramente tiene suficiente poder de mercado para causar estos efectos.

- 3) ANA sostiene que su plan constituye una coinversión equiparable a la de BMI y ASCAP en el caso de transmisión de música. Aún una coinversión que crea un nuevo producto puede ser permitida, el plan de ANA no crea un nuevo producto; tan sólo auspicia la venta de juegos individuales en un mercado no competitivo. El plan no posee eficiencias procompetitivas y no es necesario para facilitarle a ANA su penetración al mercado de la televisión. El producto de ANA ya es único.
- 4) El plan de ANA no protege audiencia en vivo porque los juegos televisados son exhibidos al mismo tiempo que son efectuados otros juegos. La justificación de producción de ANA constituye realmente un montaje (scheme) para proteger las ventas de boletos no competitivos al limitar la producción de más juegos populares televisados. Es un típica táctica monopolista.
- 5) Las restricciones sobre los derechos de televisión no son similares a otros acuerdos mutuos que hacen posible el fútbol colegial. El plan no sirve para homologar competencia, tan sólo limita una de las varias fuentes de ingreso. Las otras reglas de ANA son claramente suficientes para preservar una balanza competitiva y conservar el amateurismo. Es por ello, que el plan no podrá sujetarse a la regla de la razón.

2.4.8 Coinversiones.

Muchas cosas que pueden ser alcanzadas por una coinversión pueden en cambio no ser logradas por una sola firma, como es el caso de combinaciones tecnológicas que ninguna de las firmas individuales posee por sí misma. Sin embargo, tales combinaciones también encierran posibilidades anticompetitivas. Como en otras tantas áreas del análisis antimonopólico, la interrogante es: ¿Bajo cuáles circunstancias será legítima una coinversión?

2.4.8.1 Coinversión.

2.4.9 Una coinversión puede ser objetivos deseables o indeseables teniendo distintas posibilidades de existir y diferentes niveles de importancia.

2.4.9.1 Importancia de la restricción.

El grado de que una coinversión restringe el comercio, la restricción puede ser más o menos probable, más o menos importante en calidad y más o menos significativa en magnitud.

2.4.9.2 Varias dimensiones.

Una coinversión puede encerrar varias dimensiones teniendo cada una diferentes objetivos y grados de restricción. En el caso NCAA las dimensiones relativas a la elección de jugadores y reglas del juego fueron permisibles, mientras que aquéllas relativas a los derechos de televisión no lo fueron.

2.4.9.3 La Ley Nacional de Investigación Cooperativa del año 1984.

El Congreso legisló una ley para facilitar la investigación y el desarrollo conjuntos (15U.S.C. sección 4301). La ley aplica la regla de la razón a coinversiones de investigación y desarrollo y prevé solamente para daños efectivos y no triples si una coinversión denunciada ante la FTC y el Departamento de Justicia prueba ser ilegal.

2.5 EL REQUERIMIENTO DE CONVENIO UN ACUERDO

2.5.1 Introducción.

Los casos estudiados hasta el momento comprenden obvios (on disputed) acuerdos entre compañías y personas. El enfoque fue sobre la naturaleza ilegal de la conducta en sí misma. El requerimiento de la Ley Sherman de un contrato, combinación o conspiración, puede presentar en sí mismo diferentes problemas de prueba en la medida en que las compañía que conspiran aprenden a eludir acuerdos expresos. En algunas situaciones una conspiración puede ser inferida sobre la base de la conducta de las partes. En otras situaciones, compañías separadas pueden actuar en concierto basándose en el conocimiento de la conducta de cada una, pero sin un real convenio. Tal actividad es posible cuando las partes comparten un oligopolio.

2.5.2 Oligopolio, liderazgo en el precio y paralelismo consciente.

2.5.2.1 Teoría económica.

La teoría económica no es muy precisa en esta área, pero las siguientes observaciones son características de las industrias oligopólicas:

- 1) Cuanto más competitivo es un mercado, más difícil es mantener conductas colusivas; los mercados con pocas firmas son aptos a alcanzar efectos equivalentes a compartir conductas monopolistas colusivas equivalentes a manifiestas o abiertas conductas monopolistas colusivas.
- 2) En industrias oligopólicas las decisiones combinadas de las firmas pueden aproximarse o asemejarse a las decisiones maximizantes de utilidades de un monopolista.
- 3) No se da una erosión natural de concentración en una industria por el paso del tiempo; la erosión requiere de acciones antimonopólicas positivas.
- 4) Algunos estudios sugieren que las utilidades durante largos períodos en industrias altamente concentradas son más altas que en industrias no concentradas.

- 5) El tamaño de las firmas en la mayoría de las industrias concentradas ha llegado más allá del punto necesario para alcanzar las mejoras económicas de escala.
- 6) Las empresas altamente concentradas nunca se mueven en perfecta sincronía, al unísono, no obstante, y en virtud de que firmas individuales tienen características propias (por ejemplo, costos, capacidad, etc.).
- 7) Hechos empíricos sugieren que de las diversas estrategias abiertas a firmas en industrias concentradas, normalmente la estrategia elegida consiste en cooperar de manera informal.
- 8) Las barreras de entrada constituyen un factor importante de lo que sucede en una industria concentrada.
- 9) En una industria concentrada el precio puede llegar a ser más alto que en una que no lo es, pero las utilidades no son siempre más altas.
- 10) Existe alguna evidencia de que la intervención gubernamental constituye una de las principales fuentes de poder monopólico (por ejemplo, las regulaciones que alcanzan los costos o que elevan los costos de hacer negocio, eliminando facilidades de ingreso a los negocios, etc.).

2.5.3 Convenios expresos inferidos y tácitos.

2.5.3.1 Prueba de acuerdo o conspiración.

Resulta claro que un acuerdo o conspiración restrictivos del comercio puede ser probado mediante evidencia circunstancial. Resulta también claro teóricamente que la existencia de tal acuerdo no puede ser probada simplemente mostrando que los efectos usualmente asociados con tal acuerdo han ocurrido (por ejemplo, precios uniformes a lo largo de varios años, etc.). En realidad, sin embargo, este tipo de evidencia es presentada y a partir de ello son sacadas inferencias. El punto a dilucidar "*litis*" será simple, determinar si la evidencia funda o justifica las inferencias.

De manera que, el punto a subrayar (*litis*) consistirá, cuando menos constituirá un "acuerdo de las mentes", el cual debe ser ¿directa o circunstancialmente probado? ¿Qué grado de conocimiento mutuo, confianza y/o información entre empresarios competidores se considerará como un acuerdo en común?

2.5.3.2 La conspiración establecida desde la conducta -Interstate Circuit, Inc. Vs. United States, 306 U.S. 208 (1939).

2.5.3.2.1 Hechos.

Una compañía con dos subsidiarias, incluyendo Interstate Circuit (D), en el negocio de exhibición fílmica, era propietaria de todos los teatros de estreno en 6 de las principales ciudades de Texas y de múltiples teatros de subsecuente

exhibición. Como una condición de D para continuar las exhibiciones de sus películas en los teatros de estreno, D demandó que 8 compañías de distribución (que controlaban 75% de todas las películas de primera clase) requirieran de los teatros de segunda exhibición en esas ciudades, cobrar admisiones más altas, y no pasar películas exhibidas en los teatros de estreno en programas dobles cuando ellos las exhibieran en subsecuentes pasadas.

La carta de demandas fue enviada a todos los 8 distribuidores, con todos los 8 nombres en ellos; varias reuniones fueron sostenidas con el exhibidor y los distribuidores; todos los distribuidores adoptaron la propuesta y actuaron de acuerdo a ello (dos de ellos incorporaron las restricciones en sus contratos de exhibición). U.S. (P) hizo cargos de conspiración en restricción de comercio entre los distribuidores y entre los distribuidores y los exhibidores, y buscó una orden judicial. El Tribunal de la Corte infirió a partir de esta evidencia que las partes acordaron entre ellas llevar a cabo los contratos que eran ilegales. D apela.

2.5.3.2.2 Litis.

¿Pueden las cortes inferir un acuerdo o conspiración a partir del hecho de que las partes supieron que una acción concertada fue contemplada cuando ellos se adhirieron al esquema o planteamiento?

2.5.3.2.3 Resolución.

Sí. Resolución confirmada.

- a) No existe evidencia directa de la conspiración; pero puede ser inferida de la conducta de los distribuidores.

- b) La inferencia proviene de: i) La naturaleza de las propuestas (la cual alzaría los precios y sería más rentable para todas las partes); ii) La unanimidad de acción (todos tuvieron conocimiento del plan y de la necesidad de todos de cooperar para que esto operara); iii) El hecho de que el plan constituyó una alternativa radical de pasadas formas de hacer negocios; iv) El hecho de que los acusados no llamaron como testigos a ninguno de los funcionarios superiores que participaron en la negociación del convenio.

2.5.3.2.4 Comentario.

Este es un caso típico de "paralelismo consciente". Una acción paralelamente consciente que es interdependiente puede proveer la base para inferir un acuerdo. Aquí no existió explicación de una firma entrando o contratando independientemente; su éxito dependió de la participación de todas las partes.

2.5.3.3 Acción Independiente pero Uniforme - Theatre Enterprises vs. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954).

2.5.3.3.1 Hechos.

"Theatre" o Las Empresas de Teatro (T) constituye un propietario de teatros en los suburbios de Baltimore. T trató de conseguir películas de estreno de

Paramount (PFD) y otros importantes distribuidores pero fue rechazada, en virtud de que todas las películas de estreno le fueron conferidas a los teatros del centro de Baltimore. T solamente pudo presentar las películas que obtenía después de que los teatros del centro las habían exhibido. Los distribuidores argumentaron razones económicas para sus decisiones, siendo la razón principal que el teatro suburbano de T atraía menos de una décima del boletaje de los teatros del centro.

No existía evidencia de un acuerdo entre los distribuidores. Un jurado resolvió en favor de PFD, y la Corte de Apelación confirmó. T apeló o apela.

2.5.3.3.2 Litis.

Por sí misma, ¿la prueba de conducta de negocios paralela concluyentemente establece un acuerdo?

2.5.3.3.3 Resolución.

No. Resolución confirmada.

- a. Prueba de conducta consciente paralela de negocios no prueba concluyentemente un acuerdo o conspiración. Aún cuando PFD actuó normalmente, cada quien actuó en reacción a un criterio o juicio individual e negocio. La doctrina de paralelismo consciente no ha reemplazado el requerimiento de conspiración de la Ley Sherman.

- b. La evidencia de T fue insuficiente para sustentar un veredicto dirigido, y el jurado resolvió en favor de PFD. El veredicto no es claramente erróneo.

2.5.3.3.4 Comentario.

Las razones de negocios citadas por los acusados tienen mucho sentido. Su acción no fue interdependiente como lo fue la acción inscrita en circuito estatal.

2.5.3.4 Course of Dealing - American Tobacco Co. Vs. United States 328 U.S. 781 (1946).

2.5.3.4.1 Hechos.

American Tobacco Co. (PFD) Ligette & Miers R.J. Reynolds produjeron conjuntamente el 90% del total de la producción de seguros de los Estados Unidos. Sus listas de precios fueron virtualmente idénticas por varios años y prácticamente idénticas después. No obstante la caída de las materias primas y de los costos de fabricación, Reynolds elevó el precio de lista de sus seguros de 6.40 a 6.85 por mil. El mismo día, PFD y Ligette también alzaron sus precios en cantidad idéntica. Como explicaron, ellos arguyeron que el incremento a los precios de Reynolds les permitiría a ellos incrementar su publicidad, y que tenían que seguir la tendencia hacia arriba. El resultado se tradujo en una baja del volumen de ventas, pero las utilidades se vieron grandemente incrementadas. Los Estados Unidos (P) acusaron a PFD de violar la Ley Sherman. El jurado consignó a PFD. La Suprema Corte otorgó *certiorari*.

2.5.3.4.2 Litis.

¿Puede una conspiración bajo la Ley Sherman ser presentada como una práctica convencional (uniform course of dealing) entre competidores?

2.5.3.4.3 Resolución.

Sí. Resolución confirmada.

- a. La Ley Sherman no se enfoca a la forma de la combinación o a los medios particulares empleados, sino al resultado alcanzado. Aún actos inocentes pueden ser realizados para efectuar una conspiración y por lo mismo caer dentro de la ley.
- b. Un acuerdo formal no necesariamente constituye una conspiración ilegal. La combinación necesaria puede ser encontrada tanto en una práctica convencional como en un intercambio de palabras. Mientras que el jefe puede legítimamente encontrar, basado en la evidencia de las circunstancias, que los conspiradores tuvieron un propósito unánime o un entendimiento y diseño común, o un encuentro de mentes o coincidencia de criterios en un arreglo ilegal, la conclusión de que una conspiración existe es justificada.

2.5.3.4.4 Comentario.

Estos casos demuestran que acciones similares tomadas por competidores (paralelismo consciente) pueden dar lugar a una evidencia de conspiración que

puede ser refutada por una prueba de decisiones de negocio legítimas hechas por una compañía independientemente. Las razones esgrimidas por las compañías tabacaleras no fueron creíbles, mientras que las razones dadas por los operadores de los teatros en el caso de "Theatres Enterprise" sí lo fueron.

Dos casos adicionales proporcionan mayor luz y análisis:

- a) En "First National Bank of Arizona" vs. Cities Service Co., 391 U.S. 253 (1968). Cities Service Co. rompió todos los tratos con un corredor de petróleo que representaba a la nacionalizada compañía petrolera anglo-iraní. Otras compañías habían presuntamente conspirado para evitar que el broker vendiera el petróleo y Cities Service presuntamente se unió a esta conspiración. Cities Service ganó una resolución sumaria basada en su explicación de que si hubiera comprado el petróleo, hubiera tenido que enfrentar considerables litigios y boicots.

- b) En Ambook Enterprises vs. Time F. 2604 (2D Cir.) (1979), Ambook Enterprises desafió la práctica de la publicidad impresa de dar un 15% de descuento en la publicidad a agencias de publicidad pero no a anunciantes que no empleen agencias para sus inserciones. El juicio ante la Corte otorgó una resolución sumaria porque había insuficiente evidencia de una conspiración. La Corte de Apelación resolvió (reverset), sosteniendo que un jurado puede inferir que un descuento fue resultado de un acuerdo entre y con las agencias de

publicidad y los medios. Crítica para su resolución fue la ausencia de una razón de negocios legítima para el descuento más allá del hábito y temor de represalias de las agencias de anuncios.

2.5.4 Conspiración al Interior de la Empresa.

2.5.4.1 Introducción.

Las organizaciones de negocios son generalmente consideradas como entidades individuales, de forma tal que la acción concertada entre una corporación y sus funcionarios y empleados, o entre personas dentro de una sola organización, no son consideradas como supuestos considerados por la sección 1 de la Ley Sherman. Sin embargo, corporaciones públicas, que tienen una matriz controladora y sus subsidiarias, pueden ser tratadas como empresas distintas para los propósitos de la sección 1. Tradicionalmente, la moción ha sido llamada como la doctrina "de la conspiración intracorporativa", la cual se derivó de *United States vs. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218 (1947), y que incluyó acciones tomadas por el propietario de diversas compañías de taxis que habían sido independientes. En ese caso, la corte resolvió que la propiedad común de varias corporaciones no hacía la conspiración de ellas inmune a la Ley Sherman. La doctrina fue también seguida en *Keifer Stewart Co. Vs. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.* 340 U.S. 211 (1951).

2.5.4.2 Parent-subsidiary rule -- Copperweld Corp. Vs. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

2.5.4.2.1 Hechos.

Copperweld Corp. (D) compró la Compañía Regal Tube Co. (Regal) a Lear Siegler, Inc. (Lear) y transfirió sus activos a una nueva subsidiaria de su total propiedad. Regal había sido una División desincorporada de Lear. Lear estuvo de acuerdo en no competir con Regal o durante 5 años después de la venta. Sin embargo, un funcionario de Lear formó Independence Tube Corp. (P) para competir con Regal. P ordenó un molino tubular de Yoder Co. D notificó a Yoder que haría lo que fuera necesario para aplicar el acuerdo no competitivo de D con Lear. Yoder nulificó la orden de compra de P. P demandó acusando que D y Regal conspiraron para violar la sección 1 de la Ley Sherman. El jefe dictaminó en favor de P y le otorgó tripla pago de daños (treble damages). La Corte de Apelación confirmó. La Suprema Corte de Justicia otorgó *certiorari*.

2.5.4.2.2 Litis.

¿Puede una empresa matriz y su subsidiaria de total propiedad conspirar dentro del espíritu de la sección 1 de la Ley Sherman?

2.5.4.2.3 Resolución.

No. Resolución revertida (reversed).

- a. El caso de la Yellow Cab llevó un patrón de adquisición realizada de conformidad con un propósito anticompetitivo; la doctrina intracorporativa no constituye una base para la decisión. El caso Kiefer Stuart descansó en la doctrina intracorporativa, pero la conspiración involucró a otros y no solamente a la compañía relacionada. Todos los otros casos invocando la doctrina no descansarán únicamente sobre la doctrina.
- b. La diferencia entre la sección 1 y la sección 2 consiste en que la primera requiere de una combinación entre entidades separadas, mientras que la sección 2 se aplica solamente a acciones monopólicas y puede incluir una actividad unilateral. La conducta concertada es tratada más estrictamente que la conducta unilateral porque presenta mayor riesgo anticompetitivo.
- c. La sección 1 claramente no es aplicable a conductas coordinadas entre funcionarios o empleados de una misma compañía, conducta que de hecho necesita la compañía para competir de manera efectiva. El mismo principio se aplica a una conducta coordinada de una corporación y una división desincorporada, por las eficiencias organizacionales que ofrece. Por la misma razón, la actividad coordinada de una matriz y su subsidiaria de total propiedad, debe de ser tratada como la actividad de una sola empresa bajo la sección 1.

- d. Una matriz y su subsidiaria siempre tienen una unidad de propósito o un diseño común. No existe una base para afirmar la existencia de un "acuerdo" entre la matriz y subsidiaria, desde el momento que ellas siempre actúan juntas. La doctrina intracorporativa está basada en la forma, no en la realidad. La responsabilidad antimonopólica no debe depender de que una subunidad corporativa sea una división desincorporada o una subsidiaria de total propiedad. El único efecto de la doctrina es fomentar la formación de divisiones desincorporadas, en lugar de una subsidiaria; la cual no tiene beneficios antimonopólicos.
- e. La laguna dejada en la Ley Sherman (que permite a una firma individual actuar anticompetitivamente, mientras no amenace monopólicamente -as long as this does not threaten monopoly-) es una elección de política hecha por el Congreso. Representa la dificultad y el desincentivo competitivo de sujetar cada acción de una firma individual al escrutinio judicial que evalúa lo razonable de sus acciones. La sección 1 de la Ley Sherman y la sección 7 de la Ley Clayton regulan la adquisición inicial de control de una corporación, y la sección 2 de la Ley Sherman, así como la sección 5 de la Ley Federal de la Comisión de Comercio regulan la actividad corporativa correspondiente. La doctrina intracorporativa no agrega nada.

2.6 DENEGACIÓN DE TRATO CONCERTADA.

2.6.1 Acuerdos de trato colectivo exclusivos.

2.6.1.1 Introducción.

La finalidad de los acuerdos exclusionarios consiste en asegurar completamente un mercado para algún grupo participante. Esto significa hacerlo para una firma individual o un grupo de firmas, a fin de controlar a las fuentes de suministro de materia prima o cerrando canales de distribución esenciales exclusivamente para ellos, para un grupo. Frecuentemente esto se hace o realiza por firmas a diferentes niveles del mercado (por ejemplo, fabricantes y mayoristas celebran un convenio mediante el cual ningún mayorista no participante será provisto o suministrado, y los mayoristas no podrán vender a otros fabricantes).

2.6.1.2 La regla general.

Los convenios colectivos donde solamente firmas de un grupo participante pueden obtener aprovisionamientos o términos y condiciones de comercio favorables (descuentos) constituyen restricción de comercio no razonable. No hay diferencia si la cantidad de comercio restringido es rechazable.

2.6.2 Convenios de boicot colectivo.

2.6.2.1 Introducción.

Los competidores pueden también ser excluidos de un mercado por una acción positiva de un grupo dominante (por ejemplo, por listas negras o

boicoteándolos). Ahí donde grandes grupos de firmas están insertos, dentro de convenios de trato -exclusivo un boicot exitoso requiere frecuentemente que se combinen grupos a diferentes niveles del mercado (por ejemplo, distribuidores al menudeo y sus proveedores).

2.6.2.2 Convenios expresos para negociar (tratar) como un grupo -Paramount Famous Lasky Corp. Vs. United States 282 U.S. 30 (1930).

2.6.2.2.1 Hechos.

Diez productores y distribuidores de películas controlando el 60% de la producción de películas en los Estados Unidos, se pusieron de acuerdo en un contrato estándar para ser usado con exhibidores. El contrato estableció que cualquier disputa iría a un arbitraje y si un exhibidor fallaba en someterse a un arbitraje u obedecer un laudo arbitral, todas las diez firmas demandarían garantía para el desempeño de sus contratos con el distribuidor, y si el exhibidor fallaba en proveer la garantía ellos cancelarían todos sus contratos. Los Estados Unidos invocaron una acción bajo la sección 1 de la Ley Sherman.

2.6.2.2.2 Litis.

¿Pueden competidores acordar no realizar transacciones con compradores excepto bajo un contrato con una cláusula de arbitraje standard?

2.6.2.2.3 Resolución.

No. Se halla violación de la sección 1.

- a) No existe diferencia en que el acuerdo en que el grupo sea razonable y bien adecuado a las necesidades de la industria fílmica.
- b) Tal acuerdo de grupo de acceder de manera concertada constituye una no razonable supresión de la competencia.

2.6.2.2.4 Comentario.

United States vs. First National Pictures, Inc., 282 U.S. 44 (1930), sostuvo que los comités locales de crédito establecidos por un grupo de distribuidores de películas que provea información de crédito y ejecute pagos de exhibidores, respecto de los cuales todo el grupo estuvo de acuerdo en actuar, era ilegal.

2.6.2.3 Conspiración inferida - Eastern States Retail Lumber Dealer's Association vs. United States, 234 U.S. 600 (1914).

2.6.2.3.1 Hechos.

En Retail Lumber Dealer's Association (D) circuló entre sus miembros una lista de mayoristas que vendían a cuentas de menudeo. El efecto fue que los miembros de la asociación se inhibieron de hacer negocio con los mayoristas identificados.

2.6.2.3.2 *Litis*.

¿Es una práctica que tiene el efecto de ejecutar un boicot informal contra distribuidores no autorizados? ¿Es ilegal si su propósito consiste en aminorar la competencia?

2.6.2.3.3 Sostenido.

Resuelto. Sí. Esto constituye una ilegal denegación de trato concertada.

- a) Una firma individual puede rehusarse a realizar transacciones, pero donde existe una conspiración de grupo o un convenio, éstos podrán ser ilegales. Aquí la conspiración ilegal es probada por evidencia circunstancial; la información circulada fue diseñada para prevenir a los minoristas el hacer transacciones con los mayoristas que vendieron a los minoristas. Tuvo este efecto en numerosas instancias.

2.6.2.4 Denegación de trato por válidas razones de negocio -- Cement Manufacturers Protective Association vs. United States 268 U.S. 588 (1925).

2.6.2.4.1 Hechos.

Miembros de la Asociación Productora de Fabricantes de Cemento (D) sometían reportes mensuales de producción e inventario. Un libro de registro de cargo, conteniendo un sistema de base de punto, fue distribuido; reuniones periódicas fueron sostenidas, pero los precios no fueron discutidos. Fue intercambiada extensa información de crédito, pero nada realizado con políticas de crédito. Información acerca de contratos fue intercambiada. También información con contratos específicos y fueron utilizados controles para determinar las cantidades exactas necesarias para distintos trabajos. Esto fue

hecho para remediar el problema derivado de órdenes por adelantado de compradores y sus requerimientos de diversas firmas y teniendo excesos de cemento en mercados de alza y cancelaciones de sus órdenes en un mercado con precios a la baja.

2.6.2.4.2 *Litis.*

¿Pueden los competidores intercambiar información acerca de tratos específicos para protegerse contra fraudes?

2.6.2.4.3 Resolución.

Sí. No existe violación de la Ley Sherman. No hubo un acuerdo para actuar de manera uniforme, y la información ayudó a sus miembros a evitar fraudes de comprador.

2.6.2.4.4 Comentario.

La diferencia principal entre este caso y Eastern State es el propósito de la cooperación.

2.6.2.5 Boicot de grupo ilegal *per se* -- Fashion Originators' Guild vs. FTC, U.S. 457 (1941).

2.6.2.5.1 Hechos.

Los miembros de una asociación de fabricantes textileros y los miembros de una asociación de fabricantes de la confección se conjuntaron en la "Fashion

Originators' Guild" (D). Ellos convinieron que no venderían a minoristas que vendieran "copias de diseños originales de los miembros de D". D controló un porcentaje significativo del negocio del vestido. D aplicó el arreglo patrullando las tiendas al menudeo, y multando a los miembros que violaron sus reglas. En adición, D tenía otras reglas restrictivas: no permitir la publicidad de menudeo, regulación de descuentos, prohibición de vender confecciones a minoristas en casas habitación, etc. La FTC encontró que había una violación bajo la sección 5 de la Ley Sherman.

2.6.2.5.2 *Litis.*

¿Pueden competidores asociarse y acordar entre ellos la denegación de trato con compradores que participan en conductas posiblemente tortuosas con respecto a miembros de la Asociación?

2.6.2.5.3 Resolución.

No. Resolución de la FTC confirmada.

- a) El boicot de grupo es de por sí ilegal (*illegal per se*). La competencia no es razonablemente restringida si se limitan puntos de venta de los fabricantes o limitaciones respecto fuentes donde los minoristas pueden comprar.

- b) No habrá diferencia por el hecho de que el propósito del boicot consiste en regular prácticas que puedan constituir daño bajo la ley estatal (por ejemplo, pirateo de diseños).

2.6.2.6 No es requerido el daño público -- KLOR'S Inc. Vs. Broadway - HALE Stores, 359 U.S. 207 (1959).

2.6.2.6.1 Hechos.

KLOR'S (P) operó una pequeña tienda de menudeo en San Francisco que vendía enseres. Broadway-HALE Stores (D) operó otra contigua de su cadena de tiendas, vendiendo la misma marca de enseres. D y 10 fabricantes nacionales de enseres acordaron que los fabricantes no le vendieran a KLOR'S o si le llegaran a vender sería a precios más altos. Hubo otros competidores en el vecindario, por lo que no se demostró que hubiera o que se hubiera dañado al público por este boicot de grupo.

P demandó a D bajo la Ley Sherman. La Corte de Distrito encontró que la disputa era puramente privada y desechó la reclamación. La Corte de Apelación ratificó la falta de una dicción pública. P apela.

2.6.2.6.2 *Litis*.

¿Puede una combinación de fabricantes, distribuidores y un minorista boicotear a un minorista particular, mientras no se produzca un daño al público en general?

2.6.2.6.3 Resolución.

Sí. Resolución revertida.

- a. Los boicots de grupo, o denegaciones de trato concertados por comercios, para tratar con otros comercios, están prohibidos por la Ley Sherman, porque por su propia naturaleza ellos son indebidamente restrictivos. No importa que el boicot pueda bajar los precios o estimular temporalmente la competencia.
- b. P ha alegado -denunciado- un boicot que excluye a P del mercado. El boicot interfiere con el flujo natural de comercio intraestatal y tiene una tendencia monopolista.
- c. El hecho de que la eliminación de P no impacte significativamente a la economía es irrelevante. Un monopolio puede florecer mediante la eliminación de pequeños hombres de negocios.

2.6.2.6.4 Comentarios.

Algunas cortes inferiores no han seguido las totales implicaciones de la regla *per se* en el caso Klor. Igualmente, la Suprema Corte de los Estados Unidos afirma que la regla de Klor no necesariamente ha tenido la misma aplicación en situaciones que incluyen organizaciones que han sido formadas para propósitos distintos a los comerciales (por ejemplo, puede no aplicarse en situaciones donde el boicot es usado para obligar a otros a adaptar ciertas

conductas con otros fines que no se aplican directamente a consideraciones de mercado).

2.6.3 Convenios de Cuello de Botella.

2.6.3.1 Introducción.

Algunas veces una firma individual tiene el suficiente control sobre cierta mercancía esencial o una instalación en su industria que le permite impedir nuevas entradas al interior de esa industria. Alternativamente, un grupo de firmas puede controlar conjuntamente tales mercancías esenciales o instalaciones y acordar entre ellas la no participación de otras.

2.6.3.2 Regla general.

La Ley Sherman requiere que cuando las instalaciones prácticamente no puedan ser duplicadas por posibles competidores, aquéllos en posesión de ellas deberán permitirles a ellos compartirlas bajo términos justos.

2.6.3.3 Acceso al mercado de valores -- Silver vs. New York Stocked Exchange, 373 U.S. 341 (1963).

2.6.3.3.1 Hechos.

Silver (P) era propietario de 2 firmas bursátiles en Texas; ellas no pertenecían al mercado de cambio de Nueva York (D), pero tenían instalado para membresía cableado a diversas firmas para sus Departamentos de Administración y Manejo de Bienes y Acciones, los cuales resultaban críticos en mantener

informado a P de todas las operaciones, precios, etc. El mercado de valores inicialmente, permitió a las firmas de la membresía proporcionar los cables, entonces un año después ordenó a dichas firmas discontinuar el servicio, sin dar aviso o audiencia a P. La Ley del Mercado de Valores de 1934 confirió al mercado poderes autoregulatorios, de acuerdo con los parámetros de la ley y bajo los poderes regulatorios de la Comisión del Mercado de Valores. P demandó bajo las leyes antimonopólicas.

2.6.3.3.2 *Litis.*

¿Tiene la Ley del Mercado de Valores totalmente exceptuado al mercado de las leyes antimonopólicas?

2.6.3.3.3 Resolución.

No. A la violación a las leyes antimonopólicas.

- a) Esto constituiría claramente un ilegal boicot de grupo, exceptuado por la Ley del Mercado de Valores.
- b) Tentativamente se debe acomodar a las leyes antimonopólicas y la Ley del Mercado.
- c) La ley no le confiere a la Comisión del Mercado de Valores (CMV), el poder de revisar instancias particulares de aplicación de las reglas del mercado. Entonces, no existe nada en la ley que prevenga violaciones antimonopólicas, o intentos de adecuar los intereses antimonopólicos. Esto debe ser hecho por las leyes antimonopólicas.

- d) Las leyes antimonopólicas deben ser aplicadas de acuerdo con la regla de la razón para adecuarse a los intereses de la ley.
- e) Aquí el rechazo colectivo de negociar ocurrió de una forma procesalmente injustificada. Ahí debía haber habido notificación y una audiencia, de manera de que las razones del boicot podrían haber sido exploradas para ver si ellas estaban realmente justificadas. Tales salvaguardas procesales desarrollarán los antecedentes contra los cuales las cortes pueden determinar si los intereses de la ley y las leyes antimonopólicas han sido legítimamente consideradas.

2.6.3.3.4 Disentimiento.

Las leyes antimonopólicas no deben ser usadas para aplicar procedimientos justos. A mayor abundamiento, la Ley del Mercado de Valores ha provisto un esquema de regulación de una industria y se le debe conceder la oportunidad de alcanzar sus propósitos sin la interferencia de las leyes antimonopólicas.

2.6.3.4 Acceso a las noticias -- Associated Press vs. U.S.A., 326 U.S. 1 (1945).

2.6.3.4.1 Hechos.

1200 periódicos se suscribieron a la "Associated Press" (D). De acuerdo a los estatutos, los miembros convinieron obligarse por sus reglas y las violaciones fueron ejecutadas mediante pesadas multas. Ningún miembro pudo vender noticias desde su propia área a no miembros, como tampoco proveer a no

miembros de noticias suministradas por D con antelación a publicarse. Un miembro activo podía evitar que miembros competidores se incorporaran a D. Los Estados Unidos instauraron una acción bajo las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman. La Corte de Distrito trató los estatutos ilegales y D apela.

2.6.3.4.2 *Litis.*

¿Pueden negocios independientes llegar a ser asociados en un plan común que dañe las oportunidades de rivales de negocios de comprar o vender cosas en las cuales el grupo compite?

2.6.3.4.3 Resolución.

No. Sentencia afirmada.

- a) La oportunidad limitada por para que cualquier periódico ingrese a la competencia donde ya existe un miembro de D.
- b) Negocios independientes han llegado a asociarse en un plan común para reducir competencia. Ésta es una combinación no razonable que pudiera ser usada para alcanzar victoria sobre firmas no asociadas.
- c) No hace ninguna diferencia que existan otros servicios de noticias; miembros controlan el 96% de la circulación de los periódicos matutinos. Aún cuando no miembros de todas formas pueden competir, ésta es una violación.

- d) No es requerido que el producto o servicio sea indispensable a efecto de competir.
- e) La Asociación puede continuar; pero la membresía no puede ser irrazonablemente restringida.

2.6.3.5 Exclusión de una cooperativa mayorista de distribuidor -- Noroeste. Hold Sale Stationers vs. Pacific Stationary & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

2.6.3.5.1 Hechos.

"Pacific Stationary & Printing" (P), que estaba dedicada a ambas: menudeo y mayoreo de ventas de artículos de oficina, era un miembro del "Northwest Hold Sale Stationaries" (D), una cooperativa que fungió como mayorista para sus cerca de 100 oficinas de suministro de sus miembros minoristas. D adoptó una regla que prohibió a miembros vincularse a los dos: menudeo y mayoreo, pero le permitió a P continuar como miembro. Los dueños de P vendieron acciones, y los nuevos propietarios no notificaron a D. Subsecuentemente, D expulsó a P sin ninguna notificación. P demandó reclamando que la expulsión fue boicot a un grupo. La operación de mayoreo de D vendía a todos los minoristas, fueran miembros o no, pero distribuidas sus utilidades, por medio de una notificación a sus miembros basada en las compras. P reclamó nuevamente que su expulsión limitaba su posición competitiva.

El juicio ante la corte otorgó sentencia sumaria para D, no encontrando efecto anticompetitivo.

La Corte de Apelación revirtió, sosteniendo que la expulsión fue una anticompetitiva denegación de trato concertada con P. Aún cuando la sección IV de la Ley Robinson-Patman permite discriminación en el precio, resultante de una expulsión traída a colación mediante antiregulación, la corte sostuvo que bajo el caso Silver, D tenía una obligación de prever salvaguardas procesales para reclamar la protección de la Robins 1 on-Patman. D apela.

2.6.3.5.2 *Litis.*

¿Es aplicable la regla “*per se*” a una exclusión de una cooperativa de mayoristas, ausente la evidencia de que un mayorista tenía el poder del mercado o acceso único a un elemento del negocio necesario para una competencia efectiva?

2.6.3.5.3 Resolución.

No. Sentencia revertida.

- a) Las denegaciones de trato concertadas o los boicoteos de grupo han sido por largo tiempo considerados como constitutivos de violación “*per se*” de la Ley Sherman.

Sin embargo, el juzgado de apelación resolvió que D podría desahogarse a través de la Acta Robinson-Patman y después

turnarse a Silver para que solicite a D que proporcione las adecuadas salvaguardas procesales.

- b) La Acta Robinson-Patman es diferente de la Acta de Intercambio de Títulos, bajo la cual se decidió Silver. La sección 4 de la Acta Robinson-Patman es simplemente una forma de inmunidad de las prohibiciones a la discriminación de precios de la misma; no es un mandato general para la autoregulación industrial. Además, la protección procesal no puede evadir una actividad concertada que se equipare a una violación *per se* de la Ley Sherman.
- c) Los boicots de grupo, que son ilegales en sí mismos, consisten en la unión de esfuerzos por parte de un grupo de empresas para crear una desventaja sobre sus competidores, a través de la negación de las relaciones necesarias en la lucha competitiva, o en la persuasión o presión a otras empresas para que nieguen a dichas empresas en desventaja las relaciones que necesitan. Dependerá de si la forma específica de la actividad concertada es característicamente propensa a desencadenar en efectos predominantemente anticompetitivos.
- d) Se pretendía que la actividad de D incrementara la eficiencia económica y lograra que el mercado fuese más competitivo al proporcionar a los vendedores al menudeo ahorros en sus costos e

inventarios; no había probabilidades de que esta actividad diera como resultado efectos anticompetitivos. P no pone en riesgo la existencia de D, sino la sola exclusión de P de D. Sin embargo, D debe contar con ciertas reglas que dirijan su membresía. No era probable que la expulsión diera como resultado predominantemente efectos anticompetitivos dado que no había evidencias de que D posea un poder de mercado o acceso exclusivo a un elemento esencial para una competencia efectiva; por lo tanto, la regla *per se* no se aplica. Al devolver al tribunal inferior, el juzgado de apelación debe evaluar la regla de análisis de razón del juzgado de primera instancia.

2.6.3.6 Negativa concertada respecto a proporcionar información -- FTC vs. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

2.6.3.6.1 Hechos.

A fin de incluir el costo de tratamientos dentales, los aseguradores solicitaron a los dentistas que proporcionaran radiografías dentales con formas de solicitud de aseguramiento para poder revisar el diagnóstico y el tratamiento. Indiana Dental Association logró que sus miembros se negaran a proporcionar las radiografías dentales, pero la Federal Trade Commission (FTC) le ordenó que cesara en este intento. Como respuesta, se formó la Indiana Federation of Dentists (IFD) para continuar la resistencia a entregar las radiografías a los aseguradores. En ciertas ciudades, IFD persuadió a la mayoría de dentistas a que se negaran a aportar radiografías. FTC encontró que las acciones de IFD

violaban lo indicado en la sección 5 de la Ley FTC. El juzgado de apelaciones ordenó anular la orden por falta de evidencia substancial. FTC apela.

2.6.3.6.2 Litis.

¿Negarse a proporcionar información a los aseguradores, a fin de que puedan monitorear la calidad del cuidado dental, constituye una violación a la sección 5 de la Ley FTC?

2.6.3.6.3 Resolución.

Sí, Juicio revertido.

- a) FTC encontró que en ausencia de comportamiento concertado, los dentistas habrían tenido la iniciativa de acceder a la solicitud de los aseguradores de responder a la competencia. Los efectos de la actividad de IFD consistieron en la negación de información que solicitaban los clientes en la forma en que la solicitaron, obligándolos a escoger entre continuar buscando la información por sí mismos o adquirirla por medios más costosos. IFD frenó la competencia entre los dentistas respecto a la cooperación de éstos con los aseguradores.
- b) En vista de que la actividad de IFD consiste en el rechazo concertado a tratar temas específicos con sus pacientes asegurados, esta situación se asemeja a un boicot de grupo. Los boicots de grupo se

han calificado de ilegales *per se*; sin embargo, esa consideración se ha limitado a los casos en los que se involucra el uso del poder de mercado para desalentar a proveedores o clientes de hacer negocios con un competidor. En este caso no se trata de esta situación. Por lo tanto, se deberá aplicar la regla de la razón.

- c) La negativa de IFD a competir en el rubro de los servicios proporcionados a clientes, tiene un efecto casi igual al de negarse a competir con respecto al precio; desequilibra la habilidad mercantil de asegurar que se proporcionen buenos bienes y servicios a un costo que se aproxima al costo marginal para proporcionar dichos bienes o servicios. Ante la regla de la razón, la limitación no se puede apoyar, a menos que tenga cierta virtud procompetitiva compensatoria. La política de IFD carece de tal virtud.

- d) IFD argumenta que, debido a que FTC no hizo descubrimientos específicos con respecto a la definición del mercado en cuestión, no se pudo concluir adecuadamente que IFD frenó el comercio sin ninguna razón para ello. Sin embargo, IFD descubrió que la actividad de FTC en verdad tuvo un efecto negativo en la competencia de dos ciudades en particular, por lo que no hubo necesidad de aportar más pruebas de poder de mercado. FTC tampoco tuvo necesidad de probar que la actividad de IFD encareció los servicios dentales; la retención de la información que se necesitaba para evaluar la

efectividad de costos de una compra de servicios en particular tiende a propiciar la falta de un adecuado funcionamiento del mecanismo comercial de imposición de precios.

- e) IFD también argumenta que las radiografías, por sí mismas, no son una fuente de información que permita diagnosticar problemas dentales. De tal forma que, sin los aseguradores confían en las radiografías, podrían dejar de pagar por el tratamiento necesario en detrimento de los pacientes. Este argumento es, en realidad, un reclamo para que el acceso del consumidor a esta información lo lleve a tomar una opción no sabia o peligrosa. Este mismo argumento fue rechazado en el caso de los Ingenieros.

CAPÍTULO III

3. MONOPOLIZACIÓN VERTICAL

Tal y como señala Jorge Witker, las prácticas verticales o relativas son aquellas que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañadas de alguna actividad auxiliar del proceso.³⁵

Este tipo de prácticas pueden tener efectos anticompetitivos o procompetitivos, razón por la cual se han fijado varios criterios para la evaluación de las mismas.

Así, un monopolio puede llegar a constituirse con la finalidad directa y específica de evitar la competencia o bien por medios de mercadeo legales como mejor calidad del producto o servicio, menores costos, facilidad de acceso al mercado, etcétera.

³⁵ Prácticas desleales y prácticas restrictivas. Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.

Igualmente, sin importar la forma en que se constituyó el monopolio, los efectos de éstos pueden no sólo no ser anticompetitivos, sino promotores de la competencia, mediante el fomento de la eficiencia económica.

Los criterios de evaluación de las prácticas relativas son la determinación del mercado relevante y la posición dominante en ese mercado relevante.

Las prácticas monopólicas relativas son conocidas como prácticas verticales y a diferencia de las absolutas pueden consistir en meros actos unilaterales y no necesariamente colusivos o bilaterales; se aplican entre etapas contiguas de un proceso productivo, y pueden o no darse entre competidores. Dentro de las conductas más usuales que configuran este tipo de prácticas tenemos.³⁶

- División vertical de mercados en cuanto a la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, incluidos la asignación de clientes y la imposición de obligaciones de no hacer, tales como acordar no fabricar o no distribuir (*vertical allocation of markets*).
- Restricciones al precio o condiciones de reventa (*restrictions on sale and price maintenance*).
- Ventas atadas (*tying arrangements*).
- Obligación de trato exclusivo (*exclusive dealings*).

³⁶ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *op cit.*, pp. 7-8.

- Denegación de trato (*unilateral refusal to deal*).
- Boicot (*boycott*).

Las prácticas relativas, como más adelante analizaremos, pueden tener efectos procompetitivos. Por esta razón, antes de sancionarlas, la ley propone criterios adicionales para su evaluación con el fin de que la autoridad competente esté en posibilidades de decir sobre su probable carácter anticompetitivo.³⁷

Las prácticas monopólicas relativas están reguladas en el artículo 10 de la LFCE, de la siguiente manera:

"Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por

³⁷ Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica. México, p. XIII.

periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

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

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

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

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

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

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

Así, tenemos que todo acto, contrato, convenio o combinación entre agentes económicos cuyo objeto, o efecto, sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente el acceso, o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, constituye una práctica monopólica relativa.

A diferencia de las prácticas monopólicas absolutas que la ley establece de manera limitativa, las prácticas relativas están referidas de manera enunciativa y, por lo tanto, pueden consistir en otras conductas no expresamente contenidas en el precepto que las regula. Otra diferencia importante es que las prácticas monopólicas relativas se pueden dar entre agentes económicos no competidores entre sí. Debe considerarse que no son competidores los agentes económicos que sostengan relaciones de carácter cliente-proveedor, productor-distribuidor, fabricante-comercializador o mayorista-detallista, cualquiera que sea el nombre con el que se les designe, con relación al mismo bien o servicio de que se trate.

Comencemos por analizar cada uno de los supuestos de las prácticas monopólicas relativas.

3.1 DIVISIÓN VERTICAL DE MERCADOS (FRACCIÓN I, DEL ARTÍCULO 10)

Mediante la división vertical de mercados se pretende evitar, entre otras cosas, que distribuidores o proveedores de un determinado bien o servicio compitan entre sí. Imaginemos que una empresa que se dedique a la producción de acero resuelve imponer a sus distribuidores zonas exclusivas de venta, por ejemplo, un único distribuidor por cada entidad federativa de la República. La consecuencia sería la falta de competencia en cada una de las entidades. Los distintos supuestos de distribución de bienes o servicios en forma exclusiva que puedan dar como resultado prácticas anticompetitivas, constituyen el objeto normativo de este tipo de conductas.

Por lo tanto, la división vertical de mercados consiste en la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, así como la imposición de obligaciones de no fabricar o distribuir los mismos por periodos de tiempo o por zonas de influencia. Este tipo de prácticas se presentan en niveles verticales de los procesos de distribución, producción o comercialización de bienes y servicios, por lo que no pueden configurarse si los responsables no son competidores entre sí.

Se entiende que se dividen, distribuyen o asignan clientes o proveedores, sin perjuicio de otros supuestos, cuando por virtud de cualquier acto, contrato o combinación se impone, adquiere o establece la obligación de no proporcionar

o adquirir los bienes y servicios de que se trate, sino de ciertos proveedores determinados o determinables.

Es una restricción o establecimiento de distribuciones exclusivas entre proveedores y distribuidores o la restricción a la fabricación o distribución. En esta conducta pueden ubicarse las limitaciones territoriales, asignaciones o divisiones de áreas geográficas, clientes o proveedores, así como los acuerdos de no competencia que se establecen bajo ciertos contratos de distribución, licencias o comisiones.

3.2 RESTRICCIONES AL PRECIO O CONDICIONES DE REVENTA (FRACCIÓN II, DEL ARTÍCULO 10)

Sin perjuicio de otros supuestos y para los efectos del artículo 10, fracción II de la ley, se entiende que se impone el precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios, cuando en virtud de un acto, contrato o combinación, el distribuidor de que se trate observe, o se obligue a observar, el precio o demás condiciones de venta establecidas por el proveedor del mismo.

Supongamos que una empresa productora de cerveza, con poder sustancial en el mercado relevante, impone a todos los distribuidores de su producto --tiendas de autoservicio-- la obligación de vender la cerveza por encima de un determinado precio, en perjuicio de los consumidores. Estas tiendas estarían

imposibilitadas de competir entre sí, pues no podrían ofrecer el producto a un precio menor.

La palabra imponer significa la acción unilateral de obligar a realizar cierta conducta, por lo que consideramos conveniente equiparar tal concepto al simple hecho de que el distribuidor o proveedor observe o se obligue a observar el precio o demás condiciones establecidas por el otro agente económico involucrado. Lo anterior, en virtud de que los presuntos responsables podrían alegar que el precio y demás condiciones observadas por un distribuidor no son impuestas por el proveedor, sino que son resultado de un acuerdo entre ambos.

3.3 VENTAS ATADAS (FRACCIÓN III, DEL ARTÍCULO 10)

Las ventas atadas o ventas condicionadas consisten en establecer la obligación de comprar bienes o servicios adicionales distintos o sobre bases de reciprocidad.³⁸ Tal es el caso de un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante que vende ladrillos bajo la condición de que el comprador también le pague el servicio de llevarlos a su destino. En este caso, el comprador no tiene la alternativa de acudir con un transportista que le cobre menos por llevar los ladrillos a su destino.

La mayoría de los casos que presentan estas características no se consideran prácticas monopólicas, siempre y cuando los consumidores tengan la

³⁸ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *op. cit.*, p. 7.

alternativa de adquirir los bienes o los servicios por separado. Un clásico ejemplo de ventas atadas que no repercute negativamente en los mercados son los paquetes turísticos, siempre y cuando los usuarios tengan posibilidades de sustituir unos hoteles por otros. Sin embargo, cuando el consumidor se ve obligado a adquirir un bien o servicio que se vende sólo acompañado de otro bien o servicio proporcionado por otro fabricante, y no existen alternativas disponibles para el adquirente, debido al poder de los proveedores, el acto es considerado como una práctica monopólica.

3.4 OBLIGACIÓN DE TRATO EXCLUSIVO (FRACCIÓN IV, DEL ARTÍCULO 10)

La obligación de trato exclusivo adquiere la forma de un acto, convenio, contrato o combinación en virtud del cual se limita la posibilidad de que un proveedor o distribuidor acuda a otros oferentes o a otros compradores alternativos de un bien o servicio idéntico, similar o sustancialmente relacionado. Un ejemplo puede clarificar esto: una empresa de refrescos con poder sustancial en el mercado relevante y otra empresa distinta celebran un contrato de distribución, por medio del cual la empresa distribuidora asume la obligación de no distribuir los refrescos de empresas que compiten con la primera.

La fracción comentada erróneamente utiliza la palabra condición, cuando en realidad debería hablar de cualquier acto por el cual se imponga una obligación, ya que en términos generales, la condición constituye una modalidad a la cual

pueden someterse válidamente las obligaciones, y se define como el acontecimiento futuro de realización incierta, de cuyo cumplimiento depende la existencia del acto o de la obligación.³⁹

En el ejemplo anterior, la existencia de la obligación principal (que la empresa refresquera proporcione los productos a la distribuidora, para que ésta los revenda) no depende de que la empresa distribuidora se abstenga de adquirir los refrescos de las empresas competidoras de la empresa refresquera (obligación consistente en no hacer); por el contrario, el que la empresa distribuidora adquiera los productos de la competencia, se traduce en el incumplimiento del contrato –lo que conlleva otras consecuencias jurídicas--, pero de ninguna forma en el cumplimiento de una condición. De acuerdo con el anterior supuesto, se podría concluir que el establecimiento de la obligación de no adquirir los productos de los competidores, no es contrario al espíritu de la fracción IV del artículo 10, ya que el contrato no está sujeto a condición alguna. Nada más erróneo, pues lo que debe concluirse es que el espíritu de la fracción comentada es el de señalar como ilícito todo acto por el que se establezca la obligación de no usar, adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

³⁹ Artículo 1,938 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.

Un argumento adicional para determinar que en realidad no se trata de una condición es el siguiente: es de conocido derecho que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (en el ejemplo, la empresa distribuidora). Adicionalmente, cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor (en este caso la misma empresa distribuidora), la obligación condicional es nula.⁴⁰

Por último, es importante hacer notar que en muchas ocasiones estas exclusividades obedecen a criterios de eficiencia y tienen como objetivo asegurar cierta uniformidad o calidad en los bienes o servicios que se ofrecen; pero pueden ser consideradas monopólicas si impide, que otros competidores accedan a canales de distribución o de producción.

3.5 DENEGACIÓN DE TRATO (FRACCIÓN V, DEL ARTÍCULO 10).

La práctica conocida como denegación de trato es una acción unilateral realizada por un agente económico que consiste en bloquear o rehusar abastecer determinados bienes o servicios a proveedores o clientes, para evitar que aquellos se conviertan en potenciales competidores o desarrollen fuentes

⁴⁰ Artículos 1,797 y 1,944 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.

alternativas de abasto o consumo. Así por ejemplo, una empresa con poder sustancial en el mercado relevante puede no vender determinado material a un agente económico distribuidor, con el objeto de evitar que éste compita con otros de sus distribuidores.

El que un agente económico se rehuse a cualquier tipo transacción comercial, no siempre implica una práctica contraria a la competencia y libre concurrencia. Por el contrario, en muchos casos, la denegación de trato es justificable por diversas causas legítimas. Por ejemplo, una empresa productora de material altamente peligroso como el gas, puede negarse a celebrar convenios de distribución con compañías que no cuenten con personal debidamente capacitado que pueda trasladar ese tipo de material. Otras causas igualmente legítimas pueden deberse a cuestiones de calidad, precio, trato, tecnología, etcétera.

3.6 BOICOT (FRACCIÓN VI, DEL ARTÍCULO 10)

El boicot entre dos o más agentes económicos sirve para ejercer presión contra clientes o proveedores, para aplicar represalias, disuadirlos de ciertas conductas u obligarlos a comportarse en un determinado sentido.

No siempre los acuerdos de esta naturaleza tienen por objeto persuadir a otros agentes a que observen la conducta deseada. Existen algunos casos en que este tipo de práctica puede aumentar ganancias en eficiencia: un grupo de almacenes con poder sustancial en el mercado relevante puede legítimamente

boicotear a un proveedor de equipo eléctrico que no cumpla con normas de seguridad, sin que ello tenga necesariamente efectos monopólicos. Sin embargo, esos mismos almacenes podrían coludirse para dejar fuera del mercado a proveedores que no cumplan con sus acuerdos de precio, caso en el cual el boicot asume un carácter probablemente monopólico (los economistas hablan de monopsonio). En este sentido, estas conductas, al igual que el resto de prácticas relativas, pueden tener efectos pro o anticompetitivos, dependiendo de las circunstancias y características de cada caso en particular.

3.7 OTRAS PRÁCTICAS RELATIVAS NO EXPRESAMENTE SEÑALADAS EN LA LEY (FRACCIÓN VII, DEL ARTÍCULO 19).

La LFCE propone en el artículo 10, *in fine*, una política discrecional para combatir y prevenir las conductas no incluidas expresamente que tengan como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Este tipo de disposiciones son consecuencia de los cambiantes e innovadores métodos de intercambio comercial dentro del mercado.⁴¹ Autores

⁴¹ Cuestión que hace imposible detallar en la ley cada una de las modalidades que se presentan en el mercado a través del tiempo. (Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *op. cit.*, p. 12).

como Jorge Barrero Stahl ponen en duda la constitucionalidad sobre la aplicación de sanciones con fundamento exclusivo en este precepto:

"Al redactar estas disposiciones obviamente el legislador se vio en el dilema de seguir un método abierto conforme al cual pudiera sancionar una multitud de otras estrategias antimonopólicas pero que difícilmente pudieran ser previstas de manera casuista. Quizá hubiera sido más prudente para la autoridad, y seguramente se demostrará en la práctica, apegarnos al sistema de derecho escrito y hacer un mayor esfuerzo para listar de manera exhaustiva las posibles prácticas prohibidas de manera relativa, que al estar sujetas a un análisis de su razonabilidad permiten cierto margen de flexibilidad".⁴²

Al analizar las prácticas monopólicas absolutas nos percatamos de que la LFCE adopta una posición categórica al no permitir excepciones a los acuerdos entre agentes económicos competidores entre sí. En el caso de prácticas monopólicas relativas, la LFCE deja abierta la posibilidad de que puedan haber otros supuestos de actos ilegales sujetos a la evaluación, siempre que sus efectos anticompetitivos sean más que los procompetitivos, y el agente económico cuente con poder sustancial en el mercado relevante.

⁴² Jorge Barrero Stahl, *Notas respecto a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, mimeo, p. 13.

Dos son las conductas que resaltan cuando nos referimos a otro tipo de prácticas monopólicas relativas, diferentes a las mencionadas en el artículo 10 de la LFCE:

3.7.1 Discriminación de precios.

Dentro de la teoría económica, la discriminación de precios ocurre cuando diferentes precios son aplicados a distintos compradores por un mismo bien o servicio, aun cuando el costo de venta sea el mismo. Desde la perspectiva de la política antimonopolios, la discriminación de precios puede afectar la competencia en dos ámbitos diferentes:

- En el ámbito de la empresa discriminadora, cuando la aplicación de precios diferentes para distintos compradores tienen por objeto impedir la entrada al mercado de nuevos oferentes del producto, competidores (potenciales) de esa empresa discriminadora.
- En el ámbito de los compradores (distribuidores o productores), cuando la aplicación de diferentes precios (del bien que se distribuirá o del insumo) tiene como objeto y efecto otorgar a alguno de los compradores (distribuidores o productores) una ventaja competitiva sobre sus rivales.

3.7.2 Depredación de precios

La depredación de precios es una práctica anticompetitiva en la que una empresa intencionalmente reduce sus precios a un nivel por debajo de sus

costos medios (totales) de producción, con el objeto de desplazar a sus rivales fuera del mercado, y una vez desplazados incrementar sensiblemente el precio de sus productos o servicios para obtener ganancias monopólicas. Toda guerra de precios entre agentes económicos competidores entre sí resulta benéfica a corto plazo para el común de los consumidores; sin embargo, a mediano y largo plazo reduce el número de participantes en el mercado, creando beneficios monopólicos a los sobrevivientes, en perjuicio del consumidor.

La discriminación de precios no debe confundirse con la depredación de precios, entre otras razones porque no siempre son parte de una misma práctica anticompetitiva. La depredación y la discriminación pueden ser empleadas conjuntamente como estrategia anticompetitiva si la empresa depredadora simultáneamente aplica precios diferenciados en segmentos del mercado donde la competencia no es tan aguda.

3.8 CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

Como mencionamos anteriormente, las prácticas monopólicas absolutas son consideradas anticompetitivas siempre y cuando se verifique su existencia en el mercado, por lo que la autoridad no requiere realizar un análisis de las mismas para decretar su carácter ilegal. En cambio, con la intención de que sólo las prácticas dañinas al proceso de competencia y libre concurrencia sean

sancionadas por la autoridad, la ley provee que las prácticas relativas sean evaluadas conforme a dos criterios:⁴³

- Que el presunto agente o agentes económicos responsables tengan poder sustancial sobre el mercado relevante.
- Que la práctica monopólica se realice con respecto a bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.⁴⁴

La LFCE prohíbe las prácticas monopólicas relativas a través de una presunción *juris tantum*, es decir, deben existir elementos suficientes para comprobar la existencia de poder sustancial por parte del presunto o de los presuntos responsables, siempre en relación con el mercado relevante de que se trate. Esta presunción se debe a que en muchos casos las prácticas monopólicas relativas pueden tener objetos o efectos procompetitivos. En tal sentido, la *Comisión* debe ser cuidadosa en asegurar que cuando se sancione a un agente económico por incurrir en una de ellas, el efecto anticompetitivo sea efectivamente dominante sobre el competitivo. La misma *Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica* propone un típico ejemplo donde los efectos procompetitivos superan los anticompetitivos. Este se refiere al sistema de franquicias, donde como efecto anticompetitivo se

⁴³ Estos criterios están contenidos en el artículo 11 de la LFCE.

⁴⁴ El mercado relevante sirve para establecer el ámbito material de aplicación del precepto, pues la práctica relativa debe tener impacto en el mercado de cualquier tipo de bienes o servicios.

establecen restricciones territoriales que limitan la competencia entre los oferentes del mismo bien o servicio, y como efecto procompetitivo tenemos que entre más franquiciatarios (distintos al primero) ofrezcan, en una misma región, bienes o servicios iguales, similares o sustitutos, se intensificará y ampliará la competencia en beneficio del consumidor final, pues éste siempre podrá contar con distintas opciones. Además, en muchos casos las restricciones territoriales tienen el objetivo de garantizar calidad, cercanía y pronto servicio al cliente, y no monopolizar el mercado del bien o servicio de que se trate.⁴⁵

Pero si bien el ejemplo anterior es claro, no es necesariamente el único. Pensemos en el caso de muchos de los centros comerciales donde todos los locatarios acuerdan no explotar sino únicamente un solo tipo de giro comercial, es decir, una sola farmacia, una sola estética de belleza, una sola paletería, etcétera. En la ciudad de México existe una enorme cantidad de lugares donde esos mismos bienes son ofrecidos por otros agentes competidores. Además, muchas veces este tipo de acuerdos tiene la intención de diversificar el número de bienes y servicios ofrecidos, con el fin de que para el consumidor resulte atractivo acudir a esos lugares de consumo.

En otras legislaciones, como es el caso de la norteamericana, las prácticas monopólicas o las conductas anticompetitivas reciben un tratamiento basado en dos categorías distintas:

⁴⁵ *Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, México, p. XIV.*

a) Regla per se

En esta categoría encontramos aquellas prácticas que resultan tan abiertamente anticompetitivas que no se requiere de ningún estudio elaborado para determinar su ilegalidad: son ilegales *per se*. Esta regla sostiene que una vez que se tiene cierta cantidad de información sobre una práctica anticompetitiva en el mercado, ésta puede censurarse sin mayor averiguación.⁴⁶

b) Regla de la razón (rule of reason)

En esta segunda categoría encontramos las prácticas cuyo efecto sobre el mercado sólo puede evaluarse por medio del análisis de los hechos particulares de la empresa, la historia de la restricción y las razones por las que fue impuesta.⁴⁷ El análisis debe ponderar los probables efectos procompetitivos sobre los anticompetitivos.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha dictaminado que para determinar la categoría adecuada que debe aplicarse en cada caso, los tribunales deben examinar si la práctica de que se trata presentó efectos anticompetitivos en ocasiones anteriores. De ser el caso, la regla *per se* es la adecuada. De lo contrario, los tribunales deben evaluar otros factores

⁴⁶ Sergio García Rodríguez, Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica. La regla *per se* y la regla de la razón, en Estudios se torno a la Ley Federal de Competencia Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, serie I: Estudios Económicos, núm. 24, 1994, p. 45.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 46.

relacionados con el efecto probable de la actividad sobre la competencia, antes de determinar su racionalidad y, por lo tanto, su legalidad según las leyes antimonopólicas. Los tribunales consideran, en primer término, la naturaleza de una actividad objetada y sus efectos procompetitivos y anticompetitivos potenciales, con el fin de decidir la prueba que debe aplicarse para evaluar su legalidad.⁴⁸

La LFCE copia muchos aspectos de la legislación antimonopolios de los Estados Unidos de Norteamérica. Por ejemplo, en el caso de prácticas monopólicas absolutas aplica la regla *per se* de la misma forma como lo hacen los tribunales norteamericanos, y a la vez establece dos criterios esenciales para evaluar las prácticas relativas, las cuales son similares a la regla de razón también utilizada por los tribunales norteamericanos.

Sin embargo, en el caso de prácticas en que *per se* se les aplica la regla, la legislación mexicana ha incluido en la ley una lista específica de los supuestos que involucran estas conductas, mientras que, por el contrario, los norteamericanos aparentemente no confían en este tipo de listados.⁴⁹ La aplicación de una regla *per se* estricta implica, necesariamente, que los que

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ Las cortes norteamericanas consideran que al calificar a un arreglo como ilegal *per se*, se podrían prohibir ciertas conductas o actividades deseables desde la perspectiva de la eficiencia económica. La *Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica* no da posibilidad de que las prácticas monopólicas absolutas tengan efectos procompetitivos o ganancias en eficiencia. (*Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, México*, p. XIII.)

incurrieron en ella no pueden, bajo ninguna circunstancia, utilizar justificaciones o argumentos procompetitivos para defender su conducta; como ya mencionamos en repetidas ocasiones, únicamente se requiere que se verifique y se compruebe el acto o la conducta.

Por último, una variante adicional que debe manejarse en el análisis de prácticas anticompetitivas es la dimensión temporal en los mercados. Con el paso del tiempo, los mercados suelen sufrir enormes variaciones. Por ejemplo, a mediano o largo plazo los consumidores suelen cambiar sus gustos, a la vez que se transforman las tecnologías de producción, se abaratan los costos de transporte, y se alteran las barreras artificiales; en otras palabras, la demanda es más elástica a largo que a corto plazo.⁵⁰

Los mercados de bienes nacionales que corresponden a productos sujetos a fuertes barreras del comercio exterior, son mucho más susceptibles de convertirse sujetos u objetos de monopolización; mientras que los mercados abiertos a la competencia internacional están menos expuestos, por lo que aquellos productos o servicios provenientes del comercio internacional son un elemento determinante en todo análisis que tenga que ver con estas cuestiones.

⁵⁰ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *op. cit.*, p. 5

3.8.1 Mercado Relevante

El mercado relevante es el instrumento de análisis que sirve para definir y a la vez determinar el mercado sobre el cuál debe medirse el impacto de una práctica relativa.⁵¹ En otras palabras, la evaluación del impacto de una práctica sobre la competencia debe incluir una definición del concepto de mercado relevante en donde tiene lugar dicha práctica. La identificación del mercado relevante hace posible la subsecuente identificación de los competidores para luego determinar, por ejemplo, si existe algún acuerdo entre ellos, o si una empresa tiene una posición dominante en el mercado.

Ahora bien, la LFCE no define el mercado relevante sino que en el artículo 12 da criterios para su determinación:

"Para determinar el mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

*1. Las **posibilidades de sustituir** el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para la sustitución.*

⁵¹ Cuando la LFCE habla de mercado relevante, no se refiere a su relevancia sino al mercado correspondiente.

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

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

IV. Restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores de fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos".

Podemos considerar que el mercado de cualquier bien o servicio presenta tres dimensiones, y sobre ellas la ley contempla los criterios en virtud de los cuales se determinan el mercado relevante:

- La dimensión que se refiere a las características propias del bien o servicio de que se trate (uso, peso, medida, precio, etcétera).⁵² Cuando un mercado presenta varios bienes o servicios diferenciados, se establece una definición de mercado para cada uno.
- La dimensión que se refiere a la extensión geográfica, comúnmente conocida como zona de influencia.

⁵² En cuanto a las características de los bienes, los economistas distinguen entre bienes normales y bienes inferiores. Los bienes inferiores son aquéllos que la gente deja de consumir a medida que aumentan sus ingresos, como por ejemplo, las galletas de animalitos. Los bienes normales son aquéllos que la gente no deja de consumir, como la sal, independientemente de las variaciones en el ingreso.

- La dimensión que se refiere al tiempo que tarda en ser abastecido ese bien o ese servicio, desde otras regiones.

La fracción I del artículo comentado se refiere a las características propias del bien o servicio, mientras que las fracciones II y III aluden a la dimensión temporal y a la dimensión geográfica, respectivamente. La última fracción de este artículo habla sobre las restricciones normativas, y propiamente no está comprendido dentro de alguna de las dimensiones del mercado.

Para efectos didácticos, podemos clasificar de la siguiente manera los criterios conforme a los que se determina el mercado relevante:

a) *Sustitución de bienes o servicios*

Uno de los aspectos principales al identificar el mercado relevante es establecer cuáles productos son sustitutos de otros, es decir, cuáles productos compiten entre sí y, en consecuencia, cuáles son los agentes económicos que compiten entre sí al momento de producirlos, procesarlos, distribuirlos o comercializarlos.

Las preferencias de los consumidores adquieren especial importancia, en el sentido de que si dos bienes son buenos sustitutos, entonces podemos incluirlos en el mismo mercado, tal como ocurre por ejemplo con la margarina y la mantequilla.

Para determinar qué productos son sustitutos de otros hay que acudir a la teoría económica; se incluye un producto en el mercado relevante si la demanda del

mismo es elástica en relación con otros productos disponibles en el mercado.⁵³

La posibilidad de sustituir unos bienes o servicios por otros incluye una evaluación de los siguientes factores:

- La percepción que tiene el consumidor sobre la posibilidad de sustituir los productos.
- Los movimientos de precios de los productos a lo largo del tiempo.
- Las semejanzas o diferencias de diseño, uso o composición física de los productos.

b) Costos al distribuir el bien mismo, sus insumos, complementos y sustitutos desde otras regiones y los costos y las probabilidades que tienen los consumidores o usuarios para acudir a otros mercados.

La definición del mercado relevante incluye una dimensión geográfica. Esta es el área de competencia real a la que el consumidor o usuario puede recurrir para abastecerse del bien o servicio de que se trate. La consideración principal para determinar si existen áreas diferentes dentro de un mismo mercado geográfico son los diferenciales de precios. Si los consumidores de un producto en una localidad, en respuesta a un cambio no transitorio, pero significativo en

⁵³ En la teoría económica este análisis recibe el nombre de elasticidad de precios cruzados (de demanda) y consiste en el cambio porcentual en la cantidad demandada de un bien X, por un cambio porcentual en el precio de un bien "Y", el cual se caracteriza por ser un bien sustituto o complemento del bien "X", *ceteris paribus*. (Steven T. Call y William L. Holahan, *op cit.*, p. 581).

el precio, deciden comprar el producto en otro lugar, entonces ambos sitios están en el mismo mercado geográfico relevante.

En aquellos casos en que los productos se venden en todo el territorio nacional y los costos de transportación no son significativos, a menudo se define el mercado geográfico como toda la nación. Por el contrario, cuando un agente económico y sus competidores venden sus productos dentro de un área geográfica limitada y los clientes no tienen fácil acceso a fuentes externas de abastecimiento, la regla general es definir el mercado geográfico como tal parte del área geográfica e incluir sólo las ventas que se efectúan dentro de ese mercado.

Por ejemplo, un producto que le corresponde una definición de mercado relevante local es el cemento. Debido a que éste es un bien relativamente pesado y voluminoso con respecto al precio, el costo de transporte representa una parte importante del precio final, por lo tanto, su mercado es geográficamente reducido al ser muy caro trasladarlo de un lugar a otro.

c) Las restricciones normativas

En cuanto a las restricciones a las que se refiere la fracción IV del artículo comentado, como su nombre lo indica implican un carácter normativo que las caracteriza como normas jurídicas, ya que sólo éstas pueden imponer conductas a los individuos, y además, dado que son restricciones, limitan su conducta.

Las restricciones normativas pueden ser federales, locales e incluso internacionales, y tienen como efecto limitar el acceso de los proveedores o productores a clientes o consumidores alternativos. Estas restricciones se encuentran en diferentes reglamentaciones y están alrededor de todo ordenamiento jurídico mexicano.⁵⁴

Por último, es importante resaltar que una práctica relativa en un mercado demasiado estrecho en sus tres dimensiones, puede tener repercusiones o efectos menores que en caso de un mercado demasiado amplio. Dentro de un mercado estrecho se hace más factible y más eficaz la coordinación de acuerdos colusivos entre agentes económicos.⁵⁵

3.8.2 Poder Sustancial

Un segundo criterio involucrado en la evaluación del impacto de una práctica monopólica relativa que dañe, disminuye o impide la competencia y la libre concurrencia, es el concepto de poder sustancial en el mercado relevante. Si un agente económico carece de poder sustancial en el mercado relevante se considera que no puede restringir la competencia y la libre concurrencia. Si no se determina el poder sustancial de un agente económico en el mercado

⁵⁴ Constitución, leyes federales, reglamentos, decretos, jurisprudencia, actos administrativos, circulares, autorizaciones, licencias, permisos, concesiones, constituciones y leyes locales, así como tratados internacionales como el GATT y el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

⁵⁵ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *op. Cit.* p. 5.

relevante, el análisis de la práctica relativa llega a su fin. En consecuencia, podemos decir que a la LFCE no le preocupan agentes económicos que no ejercen poder de mercado.

En términos económicos, poder sustancial en el mercado relevante significa la capacidad que tiene el agente económico de llevar a cabo actividades anticompetitivas sin sufrir menoscabo en su patrimonio o economía.⁵⁶ Por ejemplo, existe poder sustancial en el mercado relevante cuando un agente económico puede elevar el precio de un bien o servicio sin sufrir disminución en sus ventas como consecuencia de ello. Por lo tanto, también podemos decir que poder de mercado es la capacidad para influir sobre el precio de mercado y/o forzar a salir a los rivales.⁵⁷

Para determinar la posición que guarda el agente económico en el mercado relevante, la ley en su artículo 13 introduce el concepto de poder sustancial:

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

*1.- Su **participación** en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin*

⁵⁶ Sergio García Rodríguez, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁷ Javier Aguilar Álvarez de Alba, *op. cit.*, p. 27.

que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

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

*III.- La existencia y **poder de sus competidores.***

*IV.- Las **posibilidades de acceso** del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.*

*V.- Su **comportamiento reciente.***

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

La fracción I presenta dos elementos para ser considerados: por un lado, la participación del agente económico en el mercado y, por el otro, la posibilidad que tenga de fijar precios unilateralmente o restringir el abasto, siempre y cuando sus competidores no puedan contrarrestar dicho poder.

El grado de participación de un agente económico en el mercado puede fijarse en función de cualquiera de los siguientes elementos:

- Porcentaje de sus ventas en el total de ventas de una industria.

- Porcentaje de producción con respecto al producto interno bruto de esa industria.
- Audiencia cuando el mercado afectado consiste en algún medio de comunicación (radio, televisión, revistas, periódicos, etcétera).
- Porcentaje de capacidad instalada u ociosa con respecto a la capacidad instalada del resto de la industria.

Es importante destacar que el tamaño de los agentes económicos no siempre está proporcionalmente relacionado con el grado de participación en el mercado.

Si bien es cierto que para decidir sobre el poder sustancial de un agente económico es necesario tomar en cuenta su participación en el mercado, no estamos de acuerdo en calificar dicha conducta con la segunda parte de la fracción I del mencionado artículo. En todo caso, la segunda parte de la fracción I constituye, por sí sola, una práctica monopólica.

Los agentes económicos están acostumbrados a fijar precios unilateralmente sin verificar, en muchos casos, los precios en el mercado, por lo cual resulta importante establecer que ese poder para fijar los precios de forma unilateral se refiere al poder monopólico que posee un agente para imponerlos por encima de aquéllos que existían anteriormente a la práctica, sin que sus competidores puedan contrarrestar esta fuerza.

El poder sustancia en un mercado no solamente se determina observando la participación de mercado que posee el agente económico. Así, el objeto de la fracción II del artículo comentado es incluir el análisis de ciertos obstáculos para la entrada de nuevos o potenciales competidores. La existencia de barreras a la entrada constituye la mayor fuente de poder de mercado. Joe Bain define las barreras a la entrada de la siguiente manera.⁵⁸

"...son cualquier tipo de ventajas de los productores o vendedores de una industria sobre los entrantes potenciales. Estas ventajas serían el reflejo de cómo las empresas establecidas pueden elevar persistentemente sus precios arriba del nivel competitivo sin atraer la entrada de nuevas empresas a la industria".

Se consideran monopólicas aquellas barreras a la entrada establecidas sin ninguna justificación de eficiencia, y que deliberadamente aumentan los costos de entrada al mercado para los competidores potenciales, u obligan a salir del mismo a competidores existentes.⁵⁹

La Barrera a la entrada de un mercado es aquélla que se presenta cuando el nuevo competidor encuentra costos de operación, transacción o de cualquier otra índole superiores a los encontrados por el agente económico que ya está

⁵⁸ Joe S. Bain, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 1956, p. 3.

⁵⁹ *Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica*, México, p. IV.

dentro del mercado. Es también cualquier obstáculo, situación, restricción o elemento que haga más difícil para un agente económico, el acceso a un mercado determinado.

Una forma conveniente de clasificar todos los tipos posibles de barreras a la entrada es la siguiente:

1) **Barreras legales**⁶⁰

En algunos mercados existe algún tipo de reglamentación que de no ser satisfecha impide el acceso a cualquier agente económico; esto se puede dar por virtud de algún ordenamiento reglamentario, como puede ser una autorización gubernamental. En el mismo orden de ideas, es una barrera de acceso la existencia de patentes exclusivas que restrinjan la entrada a determinado mercado. Dentro de este tipo de barreras podemos incluir las que se expresan por medio de leyes de protección ecológica del medio ambiente, que impiden o restringen el funcionamiento de determinadas industrias o que exigen para su operación una serie de requisitos de prevención o seguridad del medio ambiente.

⁶⁰ Este tipo de barreras a la entrada equivalen al concepto de restricciones normativas de las que hablamos al analizar los criterios que sirven para determinar el mercado relevante.

II) Barreras tecnológicas, financieras o geográficas

La avanzada tecnología que poseen algunos agentes económicos en el mercado puede llegar a constituir restricciones de acceso, pues el costo de adquirirla es muy superior para un agente que pretenda entrar al mercado. En términos económicos, la adquisición de una nueva tecnología sí presenta una restricción de acceso al mercado de que se trate.

En cuanto a las barreras financieras existe gran debate pero, en general, se puede decir que cuando una empresa tiene una gran capacidad de financiamiento exterior, o bien, que tiene posibilidad de servirse de los mercados financieros internacionales para el desarrollo de sus actividades en el mercado, se estará ante un obstáculo que debe superar el agente económico de nuevo ingreso.

Ciertos agentes tienen una ventaja debido a su posición geográfica en el mercado por estar ubicados cerca de sus fuentes de insumos necesarios, o tienen una integración vertical de la empresa que les permite un mejor acceso a sus insumos en comparación de sus competidores.

III) Barreras económicas

Las barreras económicas comprenden un sin fin de posibilidades; entre las más importantes tenemos:

- *Costos hundidos.* Los costos hundidos o irrecuperables de una empresa son aquellos en los que ésta debe incurrir al inicio de operaciones para fabricar un determinado producto. El que los costos sean irrecuperables representa una barrera de salida para las empresas en ese mercado.
- *Sistemas de integración verticales.* En los casos en que el agente económico presente una estructura que le permita actuar como economía de escala se crea --en términos reales-- una restricción de acceso al mercado en tanto sus competidores no tienen el beneficio de una estructura que les permita minimizar sus costos frente a los precios de venta. Esto se da principalmente en casos en que el agente económico tiene ocupados todos los eslabones de la cadena de producción, pudiendo hacer frente con mucha mayor eficacia a eventos imprevistos que afecten el precio de su producto.
- *Tamaño y fuerza del agente.* Por sí solo el tamaño del agente económico y su fuerza comercial no son elementos que constituyan propiamente una restricción de acceso a un mercado; sin embargo, cuando esa fuerza y tamaño se desenvuelven y se hacen notar dentro de un mercado específico, sí pueden constituir una barrera.

Para el análisis del poder sustancial en el mercado relevante siempre son considerados los agentes económicos competidores del que realiza la práctica. Para ello, una vez determinado el mercado relevante se está en posibilidades de ubicar a todos los agentes económicos que produzcan, comercialicen, procesen o distribuyan bienes o servicios idénticos, similares o sustancialmente

relacionados (bienes sustitutos o bienes complementarios). La identificación de agentes económicos competidores entre sí, sirve a la vez para establecer el porcentaje de participación que cada uno de ellos tiene en el respectivo mercado de bienes o servicios.

En cuanto a las posibilidades de acceso a insumos --tanto para los agentes económicos que participan en la práctica monopólica relativa como para sus competidores-- solo resta decir que en muchos de los casos se equiparan a las barreras económicas, tecnológicas o financieras.

El comportamiento reciente de los agentes económicos es considerado para verificar si éstos han abusado, en últimas fechas, del poder sustancial que el mercado mismo les confiere. Esta aseveración nos obliga a discutir un concepto que expresamente no se encuentra incluido en el texto del artículo 13, pero que sin duda es importante para determinar la ilegalidad de la práctica relativa analizada. Nos referimos al *abuso de poder de mercado*. Efectivamente, muchos agentes económicos tienen poder de mercado; sin embargo, no necesariamente implica que abusen de esta situación. Todo monopolio tiene poder sustancial en el mercado, pero si es eficiente puede no abusar de él. El caso de Teléfonos de México es muy ilustrativo: esta empresa está en posibilidades de cobrar a los usuarios de la telefonía básica nacional tarifas más bajas que cualquier otra. La razón es sencilla: si una empresa extranjera decide proporcionar el mismo servicio en el país, tendría que desembolsar enormes cantidades de dinero para colocar una red pública

telefónica que le permita prestar el servicio, por lo que sus costos fijos se incrementarían notablemente, lo cual se reflejaría en las tarifas por cobrar.

Las prácticas monopólicas relativas resultan violatorias de la LFCE en la medida en que se compruebe el poder del presunto o presuntos responsables en el mercado relevante, y que la práctica en cuestión se realice respecto de bienes o servicios en ese mismo mercado. Sin embargo, la comprobación del mercado relevante y el poder sustancial del mercado son condiciones necesarias, pero no suficientes, para considerar las prácticas monopólicas relativas como sancionables. La condición suficiente para que la práctica sea sancionable, es que exista abuso del poder de mercado.

3.8.3 Monopolio y el problema para definir “mercado” en la legislación de E.U.A.

3.8.3.1 Introducción.

Existen tres problemas en el área de monopolio:

3.8.3.1.1 Importancia del mercado.

El primero define la importancia del mercado.

3.8.3.1.2 Poder del mercado.

El segundo define el punto en el cual el poder del mercado alcanza el estado de monopolio.

3.8.3.1.3 Conducta comercial.

El tercero, asumiendo la existencia del poder del monopolio, define qué conducta es permitida por un monopolio.

3.8.3.2 El problema.

El problema con monopolios es la preocupación; ellos pueden subir los precios por arriba de los niveles que existirían en una industria competitiva. De esta manera, al valorar si el poder del monopolio existe, la pregunta debería de ser si existen empresas y competidores potenciales de la parte acusada que tengan influencia suficiente para limitar la capacidad de la parte acusada para aumentar los precios.

3.8.3.3 Consideraciones teóricas en la definición de la importancia del mercado.

3.8.3.3.1 Substitución de productos.

La primera consideración involucra la capacidad y buena voluntad de los usuarios de un producto para usar un sustituto a cambio.

- 1) Con cualquier producto dado, existen muchas clases de usuarios. Algunos fácilmente pueden substituir otros productos, y otros no pueden. De esta manera, la elasticidad de la demanda es efectivamente un promedio de peso de las demandas de los diferentes usuarios.

- 2) La definición del mercado importante dependerá, de esta forma, del grado de protección que se dará a los usuarios especializados y a los usuarios en general.

3.8.3.3.2 Consideraciones geográficas.

El segundo tema se relaciona con la geografía, por ejemplo: la sustitucionabilidad depende también de la ubicación de las alternativas.

3.8.3.3.3 Acceso en la industria.

Finalmente, los ajustes de precios serán limitados por el factor de la facilidad de acceso en la industria. Esto depende de muchas cosas (costos, cantidad de capital requerido, disponibilidad de experiencia necesaria, etc.).

3.8.3.4 Pruebas para el mercado importante

3.8.3.4.1 Introducción.

Las definiciones de mercado y presupuestos de las porciones de mercado únicamente pueden aproximarse al poder de mercado verdadero de las empresas, particularmente como lo aplican las cortes. Entre más grande sea el área, la evaluación por parte de la corte a una situación en particular se ve afectada por la forma como es vista la propiedad de la conducta puesta a consideración.

3.8.3.4.2 Pautas del Departamento de Justicia.

El margen de las pautas de 1984 (*infra* discutido) también contiene guías de definición del mercado que, aún cuando son específicamente aplicables a los márgenes, también informan los casos de monopolización.

3.8.3.4.2.1 Mercado del producto.

El objetivo es encontrar un grupo de productos tales que un monopolista hipotético podría, provechosamente, imponer un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios. Si el precio del producto aumenta en un 5% por un año, causaría que muchos compradores cambiaran a otros productos en los que el monopolista hipotético no encontraría provechoso el incremento, el próximo y mejor sustituto se agregaría al mercado hasta que se reúna un grupo de productos para los cuales el aumento de los precios por parte del monopolista sería provechoso.

3.8.3.4.2.2 Suministro disponible.

La valoración del suministro responde a los aumentos hipotéticos de los precios, también incluye suministros proporcionados por empresas capaces de producir y vender el producto en un período no mayor a un año.

3.8.3.4.2.3 Mercado geográfico.

Similar al análisis del mercado del producto, el propósito es encontrar un área geográfica en la cual el monopolista hipotético podría, de manera provechosa,

aumentar los precios sin el impacto de los bienes producidos en cualquier otra parte.

3.8.3.4.2.4 Porción del mercado.

El análisis de las porciones del mercado se basa en información disponible, con una preferencia por las ventas en dólares o embarques de producto.

3.8.3.4.3 Aplicación -- Estados Unidos de América vs. Aluminium Co. Of America (ALCOA), 148 F.2d416 (2d Cir. 1945).

3.8.3.4.3.1 Hechos.

Los hechos están establecidos en *supra*. Esta porción de la opinión considera el poder de mercado de Aluminium Co. of America (ALCOA). Los posibles mercados para el aluminio incluyen aluminio virgen (nuevo), aluminio resultante (fragmento) e importado. ALCOA no vendió todo el aluminio virgen que produce, debido a que fabrica algo de él. A pesar de que ALCOA produce, de manera consistente, más del 80% del total de la producción doméstica de aluminio virgen, la corte de primera instancia encontró que la porción del mercado de ALCOA únicamente era de un 33%. La corte incluyó el mercado de aluminio resultante y excluyó la porción de la producción de ALCOA que se fabrica por sí mismo. Si toda la producción virgen de ALCOA fuera incluida, constituiría un 64% del total del mercado para el aluminio virgen y el resultante. Sin embargo, si el mercado del aluminio resultante fuera excluido y toda la

producción virgen hecha por ALCOA fuera incluida, entonces ALCOA tendría más del 90% del mercado.

3.8.3.4.3.2 Litis.

En la determinación de la producción de la proporción de mercado de una empresa, ¿es adecuado considerar el control de la empresa sobre la cantidad del material en fragmento disponible en el mercado?

3.8.3.4.3.3 Resolución.

Si.

- a) Las diferencias entre las medidas de proporción del mercado de alternativa, en este caso, son importantes debido a que un 90% es suficiente para constituir un monopolio, 64% es poco probable que sea suficiente y 33% claramente no es suficiente.
- b) Es adecuado incluir toda la producción virgen de ALCOA, debido a que las ventas de productos fabricados por parte de ALCOA reduce la demanda para la producción virgen. En otras palabras, si ALCOA no fabricara productos, otras empresas lo harían y requerirían la misma cantidad que ALCOA utiliza.
- c) No es adecuado incluir el mercado resultante como parte del mercado total. La razón es que a pesar de su control sobre la

producción virgen, ALCOA también controla el abastecimiento de aluminio fragmentado.

- d) En consecuencia, ALCOA tiene una porción de mercado por arriba del 90%. Esto claramente sería un monopolio si no fuera por el suministro de importación. Indudablemente, la amenaza del aumento de las importaciones mantiene los precios de ALCOA en donde están. Aún, dentro de los límites de las tarifas y los costos de transportación, ALCOA podría aumentar sus precios libre de restricciones de competencia.

3.8.3.4.4 La prueba de "intercambiabilidad razonable" -- Estados Unidos vs. E.I. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

3.8.3.4.4.1 Hechos.

Estados Unidos (P) interpuso una acción bajo la sección 2 de la Ley Sherman en contra de DuPont (DP) por "monopolizar" el mercado del celofán, en el cual controlaba 75%. La defensa de DP fue que sólo tenía 20% del "mercado de empaquetamiento flexible". La corte de segunda instancia dijo que no había poder de mercado ya que el mercado era empaquetamiento flexible. La corte de segunda instancia realizó las siguientes resoluciones de hechos: DP introdujo la producción de celofán bajo permisos de patentes con una compañía extranjera, dando a DP el territorio de los Estados Unidos; posteriormente DP desarrolló un impermeable de celofán mediante una patente otorgando un permiso para

producción limitado al único competidor de los Estados Unidos. Las ventas de celofán de DP habían aumentado dramáticamente en veinte años. La tendencia de los precios por lo general ha sido en descenso, pero existen excepciones en esto.

3.8.3.4.4.2 Litis.

¿Cuál es el mercado importante del producto para determinar si DP ha violado la sección de la Ley Sherman?

3.8.3.4.4.3 Resolución.

El mercado es "empaquetamiento de materias flexibles" y DP no tiene el poder del monopolio de este mercado.

- a) El monopolio es la capacidad de establecer precios y excluir a los competidores. DP tiene un monopolio de celofán, ya que nadie puede fabricarlo sin el acceso a las patentes de DP.
- b) Cualquier fabricante de un producto diferenciado tiene un monopolio de cada tipo, limitado, sin embargo, por productos competitivos.
- c) Un producto es competitivo basándose en las similitudes en carácter y uso y el período de extensión, al cual los compradores estarán dispuestos a sustituir uno por otro.
- d) Los productos no necesitan ser fungibles para ser parte del mercado importante.

- e) La regla es que las comodidades que son razonablemente intercambiables por los clientes para los mismos propósitos, diseñen esa parte del negocio o comercio, y la monopolización de éste puede ser ilegal.
- f) El mercado para empaquetamiento de materiales flexibles es geográficamente a todo lo ancho del país.
- g) El factor de determinación de sustitucionabilidad es una cruz de elasticidad de la demanda.
- h) El punto de inicio del análisis es el uso al cual el producto es sometido. Aquí el celofán tiene una combinación de características que no son igualadas por otros, pero en cada una de estas características otros materiales de empaquetamiento flexible son iguales o superiores, y todos estos otros materiales son utilizados por el mismo tipo de usuarios de la misma forma como utilizan el celofán. Por ejemplo, el celofán abastece 7% de la envoltura de los productos de la panadería, 25% para los dulces y de un 75 a un 80% de los cigarrillos, etc. La intercambiabilidad de usos hace el mercado para el “empaquetamiento de materiales flexibles” importante.
- i) El hecho de que el precio del celofán es de dos a tres veces mayor que el de sus mayores y similares competidores en el mercado de empaquetamiento flexible, no abastece el poder de monopolio.

Algunos usuarios son susceptibles al precio y otros no lo son (investigación de cómo limita la participación de otras compañías).

- j) Son las características variables de los materiales y el mercado de éstos, las que determinan la elección (investigación de qué manera limita la participación de otras compañías).
- k) DP tenía un promedio de 15.9% después del reembolso sobre el capital de los impuestos; esto no demuestra un monopolio sin una comparación de las tasas de reembolso de otras empresas de empaquetamiento flexible.
- l) El mercado está compuesto de productos que tienen una intercambiabilidad razonable para los propósitos para los cuales son hechos (precio, uso y cualidades consideradas). La aplicación de la prueba permanece incierta.

3.8.3.4.4.4 Disensión.

El celofán combina ciertos elementos más definitivamente que cualquier otro material de empaquetamiento. Por ejemplo, sus sustitutos de menor precio no tienen las cualidades del celofán. Además, las ventas aumentaron dramáticamente durante el año, no obstante el hecho de que el celofán tuvo un precio sustancialmente más alto que el de sus llamados competidores. DP también redujo los precios, pero los sustitutos de menor precio no lo hicieron y aún conservan su posición en el mercado. DP por sí mismo consideró el celofán

un mercado separado y trabajó para mantener un monopolio. DP obtuvo tremendas ganancias y hasta ahora únicamente un competidor se introdujo en el mercado del celofán. En un año DP aumentó los precios con el fin de conservar su tasa de ganancias a un nivel deseado; de esta forma, DP tenía un control sustancial sobre el precio. La mayoría argumenta que debido a que el celofán tiene competencia por muchos fines de usos, aquellos usuarios que únicamente pueden utilizar el celofán no tienen derecho a protección (por ejemplo, la industria del cigarro estaba monopolizada por el celofán).

3.8.3.4.4.5 Análisis del Resumen:

3.8.3.4.4.5.1 Opinión de la mayoría.

La mayoría tiene un punto de vista, que razonablemente los productos intercambiables no deberían de ser arbitrariamente eliminados en la definición del mercado importante. Ésta es una propuesta económica para el antimonopolio e introduce una investigación de hechos muy compleja en los casos de decisión del antimonopolio.

- (1) Cualquier producto diferenciado es único y de esta manera tiene un monopolio sobre el precio en alguna escala.
- (2) Y cualquier producto cuenta con competencia después de que se alcanza algún nivel de precio.

- (3) El tema se convierte en uno de qué nivel de precio sobre el cual una empresa tiene poder de monopolio.
- (a) Si la empresa aumenta sus precios y pierde clientes, ¿esto prueba que tiene competencia de sustituto? No por sí mismo, ya que puede tener costos más bajos que el sustituto, ganancias más altas y poseer un monopolio de una escala de precio superior al punto donde pierde clientes por un incremento. Los costos en contra de los costos de los competidores en algún signo de esta situación y ganancias no usuales, pueden ser un indicador de dicha situación.
- (b) Si el precio es disminuido y DP gana clientes, ¿esto indica que no es monopolista? No. Puede tener todo tipo de clientes con los cuales puede mantener sus precios, ya que no pueden existir sustitutos para estos clientes.
- (c) También existe el tema de que pueden no existir sustitutos para algunos usuarios y que los intereses de estos usuarios deben protegerse (por ejemplo, en este caso los productores de cigarrillos). En esta situación se origina una pregunta más amplia. Para aquellos usuarios para quienes no existe un sustituto cercano, ¿es posible que el producto pueda ser diferenciado en muchas formas, de tal manera que para otros usuarios tiene

características que lo hacen inusual para los usuarios que no tienen sustitutos?

- (d) Por lo que el tema para la mayoría es, ¿qué cantidad de poder de mercado actual tiene la parte acusada (por ejemplo, sobre qué escala de precio ejerce el control)? Observe que el definir y determinar esto y decidir cuánto es demasiado, es increíblemente difícil. De esta forma, la mayoría (si esto es su tentativa) sigue una norma muy sofisticada, muy difícil y bastante consumidora de tiempo para las cortes de administración. Observe, por ejemplo, que no hay discusión en el caso de costos comparables, márgenes de ganancia, etc., entre los supuestos competidores.

3.8.3.4.4.5.2 La disensión.

La disensión puede establecer que se verá como una simple prueba (¿los productos son exactamente diferentes?). Existe una justificación para dicha prueba, teóricamente en la Ley Sherman y prácticamente de los problemas administrativos de las cortes. Por supuesto, si se adopta esta prueba, siempre existirá el caso donde la parte acusada parece tener un monopolio en su producto, pero está perdiendo ventas en otros productos y realmente no tiene poder de mercado y por esto no es monopolista. Además, la disensión argumenta que la mayoría estaba equivocada en estos hechos. Compare la

disensión con la opinión ALCOA, donde el material resultante, barra de material fragmentado era eliminado en la definición del mercado.

Observe que aún si esta prueba de "productos exactamente diferentes" fuera utilizada, las cortes tendrían que examinar cuidadosamente dichos factores como el comportamiento de los precios, ganancias, condiciones de entrada, etc., al menos en situaciones donde la parte acusada tiene, de manera considerable, menos del 100% del mercado.

3.9 INTENTOS PARA MONOPOLIZAR

3.9.1 Introducción.

Una empresa que tiene poder de mercado debe utilizar dicho poder en un intento por monopolizar. Dicha situación difiere de una en la cual un monopolista practica un poder de monopolio. Comportamiento que comúnmente sería considerado como buena práctica de comercio equiparable a la monopolización cuando se utiliza con el control de poder de mercado. De esta forma, la extensión del poder de mercado de una empresa puede ser determinante en la caracterización de su conducta como un intento de monopolización.

3.9.2 Rechazo a celebrar un convenio -- Lorain Journal Co. Vs. Estados Unidos de América, 342 U.S. 143 (1951).

3.9.2.1 Hechos.

Lorain Journal (LJ) maneja un periódico en Lorain, un pueblo de 50,000 habitantes. El periódico alcanzó cerca del 90% de su popularidad. Una estación de radio se estableció en un pueblo a ocho millas de distancia. LJ rechazó permitir que se anunciara en el periódico si el cliente también se estaba anunciando en la estación de radio y monitoreaba los programas de radio para reforzar su política. Los Estados Unidos entablaron una demanda basándose en la sección 3 de la Ley Sherman.

3.9.2.2 Litis.

La negativa de un periódico monopolista para aceptar anuncios de publicistas que también se anuncian en una estación competitiva de radio, ¿es un intento para monopolizar?

3.9.2.3 Resolución.

Sí.

- 1) El derecho a rechazar llevar a cabo un convenio no es absoluto. Aquí, los actos de LJ significaban un intento para monopolizar.

3.9.2.4 Comentarios.

Normalmente una empresa puede rechazar llevar a cabo un convenio con quien sea (*ver* la discusión de rechazos de convenios, *infra*). Pero en el contenido del poder del monopolio en algún mercado importante, dichos rechazos pueden ser ilegales.

3.9.3 Rechazo para la compra de bienes -- Federal Trade Commission vs. Raymond Bros.-Clark Co.

3.9.3.1 Hechos.

Raymond (RB) es un vendedor mayorista de abarrotes, los cuales compra de Snider Co., y los vende a Stores Co., un competidor de RB. RB amenazó con dejar de comprarle a Snider si Snider continuaba vendiéndole a Stores. La Comisión Federal de Comercio (CFC) resolvió que la conducta de RB violaba la sección 5 del Acta de la Comisión Federal de Comercio, la cual proscribía métodos injustos de competencia.

3.9.3.2 Litis.

En el caso donde RB no monopolizaba el mercado para ventas en mayoreo de abarrotes en su área de mercado importante, ¿es un método injusto de competencia el rechazo a comprar del fabricante si el fabricante le vende a un competidor?

3.9.3.3 Resolución.

No. Juicio revocado.

- 1) RB no tiene un control dominante del mercado de abarrotes.
- 2) La competencia entre RB y Stores se basa en condiciones iguales.
- 3) RB es libre de decidir si quiere hacer negocios con Snider Co.

3.9.4 Negativa en represalia al rechazo del convenio -- Eastman Kodak Co. Vs. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927).

3.9.4.1 Hechos.

Southern Photo Co. (SP) era un vendedor mayorista de materiales fotográficos. Eastman Kodak Co. (EK) era uno de los abastecedores mayoristas de SP. Como parte de su práctica de comprarle a distribuidores independientes en el área, EK intentó comprarle a distribuidores independientes en el área. EK intentó comprarle el negocio a SP, pero SP lo rechazó. Posteriormente, EK rechazó continuar vendiendo a SP a precios de mayoreo. SP promovió una demanda. El jurado encontró para SP la confirmación de la corte de apelación y EK apeló.

3.9.4.2 Litis.

¿El rechazo de un convenio se basa en represalias ilegales?

3.9.4.3 Resolución.

A pesar de que no existen pruebas directas de que el rechazo de EK para vender a SP fue conforme a un propósito para monopolizar, las pruebas circunstanciales justifican el veredicto.

3.9.5 Actos permisibles en la competencia para un monopolio natural de mercado -- Union Leader Corp. Vs. Newspapers of New England, 284 f.2d 582 (1st Cir. 1960).

3.9.5.1 Hechos.

Union Leader Corp. (ULC) tenía el único periódico de circulación en el pueblo. Durante una huelga de Newspapers de New England (NNE), el cual tenía el único periódico de circulación en un pueblo vecino, comenzó un nuevo periódico en el pueblo de ULC. Ambos habían adquirido sus monopolios legalmente. Está claro que únicamente un periódico podía sobrevivir. NNE consiguió la ayuda de comerciantes locales y las uniones en la huelga en contra de ULC y les pagó a algunos de estos comerciantes para que le dieran su ayuda solicitando publicidad. ULC tomó represalias al proporcionar descuentos secretos en publicidad. Finalmente, ULC estuvo a punto de salirse del negocio. Un grupo de propietarios de periódicos en pueblos circunvecinos se reunieron y formaron una corporación la cual afrontó la oferta de ULC y compró el periódico de ULC. NNE alega que es una conspiración para limitar la competencia en los pueblos de los propietarios, lo cual viola la sección 2 de la Ley Sherman.

3.9.5.2 Litis.

¿Eran injustos los métodos utilizados por ULC para las prácticas monopólicas?

3.9.5.3 Resolución.

No. Acción desechada.

- 1) NNE puede entrar en un monopolio de mercado natural y competir por el monopolio, utilizando los recursos de su propio mercado de monopolio, aún cuando sabe que el resultado de la competencia sería para sacar a una empresa del negocio. No se involucra el "intento exclusionario".
- 2) NNE cometió una conducta ilegal, sin embargo, al organizar el grupo de boicoteo con los publicistas en contra de ULC.
- 3) ULC puede defenderse en contra de los actos ilegales de NNE a través de actos ilegales, tal como los descuentos secretos de publicidad.
- 4) El grupo de propietarios del periódico que compró el periódico de ULC podía haber hecho eso para prevenir a NNE de la introducción subsecuente en sus pueblos. Pero preferimos caracterizar el intento de los propietarios como (i) hacer una "inversión", y (ii) actuar con represalia en contra de los métodos desaprobados por NNE.

3.9.5.4 Comentarios.

Está claro que un monopolista en una situación de monopolio natural puede cometer una conducta que sería ilegal si utiliza un mercado potencialmente competitivo, como es en *United Shoe*. También, puede existir una diferencia en que una empresa que tiene otros mercados monopolistas puede realizar un intento para efectuar un mercado naturalmente monopolista y lo que una empresa puede hacer en un mercado competitivo.

3.10 NULIDAD DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

El último párrafo del artículo 9º de la *LFCE*, referente a las prácticas monopólicas absolutas, reza lo siguiente:

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

De acuerdo con lo anterior, las prácticas monopólicas absolutas no producen efecto jurídico alguno. Dentro de los elementos de validez de la teoría del acto jurídico tenemos que todo acto debe tener un fin, motivo, objeto y condición

lícitos.⁶¹ Por lo tanto, las prácticas comerciales necesitan ser lícitas en todas sus manifestaciones para que el derecho las ampare y les dé consecuencias jurídicas.

En la práctica monopólica absoluta el presunto agente económico infractor debe proponerse un objeto o fin contrario a la *LFCE* que es una ley de orden público. En otras palabras, el convenio, contrato o combinación que dio origen a la práctica puede ser invalidado porque su objeto, o su motivo o fin es ilícito. La licitud en el objeto produce una nulidad, ya sea absoluta, ya sea relativa, según lo disponga la ley.

En nuestra opinión, el artículo 9º de la ley habla de una nulidad absoluta, la cual tiene las siguientes características:

- Todo agente económico que resulte perjudicado por una práctica de esta naturaleza puede pedir que se declare.⁶²
- Es imprescindible, lo que significa que en todo momento los agentes económicos perjudicados pueden denunciar prácticas monopólicas absolutas.

⁶¹ La ilicitud existe cuando el acto va en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres. (Artículo 1,830 del *Código Civil en Materia Común para el Distrito Federal y para toda la República en Material Federal*).

⁶² El artículo 32 de la *LFCE* establece que en el caso de las prácticas monopólicas absolutas, cualquier persona puede denunciarlas a la *Comisión*.

- No puede confirmarse, es decir, la ratificación expresa o tácita de la práctica monopólica absoluta por parte de los agentes económicos no puede darle validez.

De lo anterior se desprende que, excepcionalmente, la ley --como es el caso de la *LFCE*-- puede determinar que una práctica monopólica absoluta no produzca efecto alguno, es decir, ni siquiera efectos provisionales. Por último, nos parece que los actos comprendidos en el artículo 9º que sean violatorios de la ley no producen, ni siquiera efectos provisionales. Sin embargo, estas mismas prácticas inevitablemente producirán efectos, pero no como actos jurídicos sino como hechos.

El *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* considera que los actos contrarios a las leyes de orden público son anulables. Según el mismo ordenamiento, la nulidad del acto debe decretarse por un juez, pero al tratarse de prácticas monopólicas absolutas puede decretarse por la *Comisión*, porque a ésta le compete aplicar las disposiciones de la *LFCE*. Por lo tanto, aquellos actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones realizados o celebrados por agentes económicos serán nulos absolutamente, y sus efectos se retrotraerán al momento de emitida la resolución de la *Comisión*.

Adicionalmente, en el ordenamiento civil mexicano son nulas las ventas que produzcan la concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de

artículos de consumo necesario, y que tengan por objeto obtener el alza de los precios de esos artículos.⁶³ Desde el punto de vista civil, la sanción o consecuencia es la nulidad de los actos monopólicos de concentración de artículos de consumo necesario que produzcan el encarecimiento.

Las manipulaciones, y en general todo acto que produzca el alza de los precios de artículos de consumo necesario, no producen efectos jurídicos en la parte del precio de los artículos que resulte exagerado. Por su parte, la concentración (acaparamiento de mercaderías), así como la fijación de precios inmoderados o injustificados económicamente, compromete a los productores y comerciantes responsables de estas prácticas ilícitas a responsabilidades civiles y penales. La nulidad de tales actos es absoluta y puede ser exigida por cualquier interesado, incluso por el Ministerio Público. En todo evento, la nulidad no impide que el acto produzca efectos, mientras no se pronuncie una sentencia que declare su invalidez. Claramente la nulidad absoluta, si es decretada en una sentencia judicial por un juez competente, podrá invalidar retroactivamente el acto, por lo cual aquellos efectos que se hubieren producido serán provisionales, mientras la sentencia no declare que deban desaparecer.

El tema de las nulidades de las prácticas monopólicas absolutas ha sido enormemente debatido por las autoridades; sin embargo, en las conclusiones

⁶³ Artículo 2,267 del *Código Civil en Materia Común para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal*.

expondremos con claridad cuál es su consecuencia, y cómo debe resolverse en la práctica.

3.11 RESTRICCIONES AL FUNCIONAMIENTO EFICIENTE DE LOS MERCADOS

Como vimos anteriormente, el objeto de la LFCE es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia. Para conseguir ese objetivo, el artículo 2º de la misma ley utiliza una política que busca prevenir y eliminar monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Pero ¿cuáles son estas restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios? La ley es omisa al no mencionarlas exhaustivamente. Una interpretación de lo dispuesto por el artículo 2º de la LFCE puede implicar que la misma es aplicable a todas las variables que influyen para que un mercado opere eficientemente. Las condiciones macro y microeconómicas bajo las cuales los mercados de bienes y servicios funcionan eficientemente son tan amplias y complejas que no es posible pensar que la LFCE pueda regularlas todas. En realidad, las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados están relacionadas al objeto de la ley, es decir, aquellas restricciones cuya consecuencia sea disminuir, dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia entre agentes económicos.

Entre otras muchas restricciones, cuyos efectos sean lesionar la competencia y la libre concurrencia tenemos las barreras al comercio interno contempladas en los artículos 14 y 15 de la LFCE:

Artículo 14.- *“En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁶⁴ no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancía so servicios de origen nacional o extranjero”.*

Artículo 15.- *“La Comisión podrá investigar de oficio o a petición de parte si se está en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, declarar su existencia. La declaratoria será publicada en el Diario Oficial de la Federación y podrá ser impugnada por la autoridad estatal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.*

⁶⁴ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 117, fracción V, establece que: “Los Estados no pueden, en ningún caso: V. Prohibir ni gravar, directa ni indirectamente, la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera”. Esta prohibición impuesta a los Estados miembros de la Federación debemos relacionarla con la facultad exclusiva que la misma Constitución otorga a la Federación en el primer párrafo del artículo 131: “Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasan de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo, y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer ni dictar en el Distrito Federal los impuestos y leyes que expresen las fracciones VI y VII del artículo 117”.

A primera vista, la *Comisión* no parece ser el órgano competente para dirimir los conflictos que se susciten entre los Estados y la Federación sobre estos puntos. Se aprecia, además, un problema de redacción pues no queda en absoluta claro que la *Constitución* tenga por nulos --de pleno derecho-- los actos de las autoridades estatales. ¿Cómo se obtiene entonces esta nulidad? ¿A quién interesa que se declare la existencia de la misma? ¿Qué órgano la declara?

El artículo 15 señala que la investigación sobre aquellos actos de las autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio, o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero, se podrá realizar de oficio o a petición de parte. El inicio de la indagatoria por oficio no presenta mayor problema, pero cuando se trata de petición de parte surgen dudas: ¿Es el Estado o Estado vecino afectados quienes pueden ser parte de la *Comisión*, o se trataría de un juicio de soberanía que se tramita ante la Corte? ¿Se trata, entonces, de aquel particular afectado por las disposiciones de las autoridades estatales? ¿Es éste quien puede denunciar ante la *Comisión* la conducta de las autoridades estatales? ¿Debe aportar, de conformidad con lo que establece el artículo 32 de la *LFCE*, elementos para comprobar su dicho, así como su daño?

En la segunda parte del artículo se señala que la *Comisión* declarará si efectivamente existen o no los actos alegados/sospechados. Esta declaración nos permite reflexionar sobre su naturaleza jurídica. Según la doctrina en la

materia, los actos administrativos pueden ser clasificados en virtud de su contenido, en las siguientes categorías:

- Actos directamente destinados a ampliar la esfera jurídica de los particulares. Es el caso de los actos de admisión, aprobación, dispensa o condonación, licencias, permisos o autorizaciones, concesiones y privilegios de patente.
- Actos directamente destinados a limitar o restringir dicha esfera jurídica, como las órdenes, los actos, los actos de expropiación, las sanciones y procedimientos de ejecución.
- Actos que hacen constar la existencia de un estado de hecho o de derecho. Nos referimos entonces a actos de registro, certificación, autenticación, notificación y publicación.

La declaratoria de la *Comisión* parecería encuadrar dentro del tercer tipo de actos, a través de los cuales hace constar la existencia de un hecho o una situación; sale sobrando indicar que las sentencias, o en este caso, resoluciones administrativas, meramente declarativas no tienen más efecto que el reconocimiento de una situación o derecho de los gobernados. Si esto es así, y los efectos de estos actos no son constitutivos sino exclusivamente declarativos, tendremos que cuestionarnos: ¿Cuál será la materia de la impugnación que menciona el último párrafo del artículo? ¿Cuál es la afectación de la esfera jurídica del Estado con respecto a la cual se haya emitido la declaratoria?

3.12 LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

Por su importancia, y como consecuencia de una práctica común en toda transacción comercial, es conveniente hacer un breve análisis legal y económico de lo que en la práctica contractual se conoce como cláusula de no competencia.

En muchos contratos de compraventa se conviene que el vendedor no formará una empresa similar o igual a la vendida. La consecuencia natural de este tipo de cláusulas en los contratos consiste en la obligación del vendedor de respetar la transmisión de todos los elementos que integran la empresa vendida, como podrían ser los secretos industriales, los proveedores, la clientela o, incluso, el prestigio; es decir, constituyen una consecuencia implícita en la propia naturaleza de negocios jurídicos lícitos, siempre que tales prohibiciones no excedan de los límites que lo justifican.

En el derecho extranjero estas cláusulas son reconocidas por el ordenamiento jurídico. Para la validez de esta cláusula el Derecho Comparado reconoce tres restricciones y si falta alguna, la cláusula es nula.

La primera restricción se refiere al tiempo. La cláusula no puede imponer una prohibición perpetua. Se considera que después de cierto tiempo la clientela cambia y el nuevo competidor no podrá ya hacer suya la antigua clientela de la otra casa comercial. Esta restricción podrá estar vinculada con el tiempo en

que puedan entrar nuevos competidores y con el tiempo razonable para crear una reputación: Ello dependerá del tipo de negocio de que se trate.

La segunda restricción se refiere al espacio. La clientela es, en general, una clientela local (clientela efectiva). En este caso poco importa que el vendedor de la empresa abra un comercio similar en otra ciudad o en otro país. La limitación se justifica en cuanto trata de impedir una competencia desleal en el ámbito de influencia de la empresa vendida; pero no cuando pretenda excluir toda competencia y constituir una situación de monopolio en una zona, una región o, en todo el territorio del país.

Por último, la tercera restricción se refiere al género de comercio. La cláusula debe limitarse a restringir la competencia respecto de los bienes y servicios de la empresa que ha sido vendida, o bien a bienes iguales o similares.

La exigencia se explica, desde el punto de vista del comprador, por la protección y la tutela que el ordenamiento jurídico debe brindar a los derechos derivados del contrato celebrado, cuyos efectos fundamentales consisten en el control de una cierta masa de consumidores en función de los servicios prestados y de las mercancías ofrecidas. Es evidente que si el vendedor pudiera usar los mismos secretos de fabricación y la misma técnica de producción con respecto a los mismos artículos y a la misma clientela, estaría gozando indebida e ilícitamente de elementos que ha enajenado. Desde el punto de vista del vendedor, la restricción que analizamos le permite dedicarse a otras actividades económicas, iniciar un nuevo negocio que no compita con el

que vendió e, inclusive, constituir una empresa con iguales o similares productos o servicios pero en una zona geográfica diferente a la de la empresa vendida.

El objetivo de esta cláusula es que el comprador cuente con tiempo suficiente para conocer la empresa adquirida y pueda continuar con los negocios que normalmente se llevan a cabo. El comprador paga un precio por toda la compañía, incluyendo los clientes y proveedores que ha formado la empresa. El comprador protege del vendedor pactando esta cláusula, para que este último no interfiera en los negocios por los que obtuvo un precio, realizando competencia desleal.

En el Derecho mexicano, la validez de tales pactos es muy discutida. La doctrina mexicana se encuentra dividida respecto de esta cláusula, debido a que unos sostienen su validez y otros la rechazan. La discusión de estas teorías parte del fundamento jurídico contenido en el artículo 5º constitucional que establece:

“...tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio”.

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez el pacto es legal siempre y cuanto la restricción no sea en todo el territorio nacional.⁶⁵ Para Jorge Barrera Graf el pacto también es legal por ser una consecuencia del artículo 1,796 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, que establece que los contratos se perfeccionan y obligan a los contratantes no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.⁶⁶

La cláusula comentada parece contravenir los artículos 8º, 9º fracciones II y III, 10 fracciones I y IV y 17 fracción II de la *LFCE*. Para que la cláusula de no competencia no viole la *LFCE* debe reunir todas las restricciones de las que hablamos anteriormente y, además, sería conveniente agregar una cuarta restricción en el sentido de que el pacto de no competir se limite exclusivamente a los accionistas de la empresa y no a otras personas, como podrían ser los familiares de los accionistas.

Si el pacto reúne las restricciones comentadas no sería contrario a la *LFCE* por las siguientes razones:

⁶⁵ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, tomo I, segunda edición, 1952, p. 442.

⁶⁶ Jorge Barrega Graf, *Tratado de Derecho Mercantil. Generalidades y Derecho Industrial*, Editorial Porrúa, México, vol. I, 1957, p. 418.

- Tiende a proteger los derechos derivados de la compra de la empresa, no a impedir la libre competencia; por ello debe pactarse por un tiempo determinado, sobre un producto concreto y en una zona específica.
- Lejos de buscar crear un monopolio, impedir el proceso de competencia o de libre competencia, el pacto tiende a buscar un medio eficaz para prevenir la competencia desleal.
- No impide la competencia ni la libre competencia, toda vez que el vendedor puede iniciar una empresa del mismo género que la vendida en una zona geográfica distinta a la de la empresa enajenada, además de que nada impide que después de determinado tiempo, haga competencia con el comprador.
- No impide sustancialmente el acceso, debido a que la restricción de no competir no es absoluta sino que se limita a determinada zona geográfica y por tiempo limitado; además, como se comentó anteriormente el objeto es proteger al comprador de competencia desleal del vendedor.
- No es debido, toda vez que hay un acuerdo de voluntades cuyo objeto es prevenir la competencia desleal del vendedor, pues al recibir un precio por la empresa sería contraproducente que se le permitiera competir ya que conoce el negocio que vendió.

De la propia *LFCE* se desprende que podría admitirse la cláusula debido a que el artículo 10 establece que:

“se consideran prácticas monopólicas relativas a los actos ...cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado...”

El que desplazaría indebidamente a otros agentes del mercado es precisamente el vendedor, quien actuaría de forma no correcta, pues al enajenar la empresa está transmitiendo todos los efectos implícitos en el negocio, y ello no se consideraría honesto industrial o comercialmente hablando. Adicionalmente, si el vendedor hace competencia al comprador en contravención con el pacto, ello violaría el artículo 10 bis del *Convenio de París* que establece que los países de la Unión (entre ellos México) están obligados a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal. Constituye un acto de competencia desleal todo aquél que sea contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

La *ratio legis* de la *LFCE* es el proteger la competencia y la libre concurrencia y evitar los monopolios, y no el dejar a los agentes económicos ante situaciones de competencia desleal que afectan las transacciones comerciales; por lo tanto, la cláusula mencionada no contraviene el espíritu ni la esencia de la *LFCE*.

3.13 RESTRICCIONES VERTICALES EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

3.13.1 Distribución restringida.

3.13.2 La economía del mantenimiento del precio de reventa

3.13.2.1 Definición.

El mantenimiento del precio de reventa es una práctica por medio de la cual aquellos que proporcionan los bienes a los distribuidores fijan los precios de la reventa.

3.13.2.2 Condiciones necesarias para el mantenimiento del precio de reventa.

Cuando los distribuidores así lo quieran, deberán representar un porcentaje relativamente alto de las tiendas al menudeo disponibles. También, los fabricantes, que producen marcas estrechamente competitivas, deberán ser mayores al convenir en el mismo, o el intento de establecerlo fallará.

3.13.2.3 Argumentos para el mantenimiento del precio de reventa.

3.13.2.3.1 Argumento político.

Sin él; el pequeño comerciante puede ser puesto fuera del negocio por las grandes cadenas capaces de bajar los precios sobre los productos "de artículos de propaganda" de marcas nacionales.

3.13.2.3.2 Distribuidores.

El mantenimiento del precio de reventa permite a los distribuidores ser más competitivos por medio de la publicidad, mercadeo efectivo, etc.

3.13.2.3.3 Fabricantes.

El mantenimiento del precio de venta asegura la protección de la buena fe, la diferenciación de los productos, protección de la eliminación de las tiendas al menudeo por los artículos de propaganda, y asegura los servicios de distribución necesarios para comercializar el producto.

3.13.2.4 Argumento en contra del mantenimiento del precio de reventa.

El mantenimiento del precio de reventa equivale a fijar el precio a nivel de menudeo y de esta manera disminuye la competencia entre aquellos que se encuentran a este nivel de la cadena de distribución. Posiblemente esto resulte en menos presión sobre los fabricantes con respecto al precio.

3.13.3 La legislación antimonopolio y el mantenimiento del precio de reventa.

3.13.3.1 Determinación vertical del precio y acciones estatales.

3.13.3.1.1 Legislación sobre los primeros casos – Dr. Miles Medical Co. Vs. John Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

3.13.3.1.1.1 Hechos.

La compañía Dr. Miles Medical Co. (P) fabricaba medicinas de patente en conformidad con una fórmula secreta pero no patentada y buscaba en sus contratos expesos con los mayoristas prescribir los precios tanto para ventas al mayoreo como menudeo, y prohibir las ventas para los químicos a precio reducido. P demandó aquí a su mayorista por proporcionar las medicinas a precios reducidos induciendo a otros a suspender sus contratos.

3.13.3.1.1.2 *Litis.*

¿Pueden los fabricantes fijar un precio mínimo de reventa para ventas al mayoreo y menudeo?

3.13.3.1.1.3 Resolución.

No. Ninguna apelación se emitirá; el contrato de mantenimiento de precios son convenios restrictivos no válidos.

- (1) Cuando un fabricante se desprende del control sobre sus productos y los vende a otros, no tiene derecho a exigir condiciones por medio de un contrato expeso que restrinja la competencia en ventas a futuro en otros niveles del sistema de distribución (como en la determinación de precios).
- (2) No existe diferencia si el producto es patentado o fabricado de acuerdo con una fórmula secreta.

3.13.3.1.1.4 Comentario.

Parece que tales restricciones para fijar el precio contractualmente expresadas son ilegales por sí mismas.

3.13.3.1.2 Otros casos de determinación vertical de precios.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado en muchos contextos que la determinación vertical de precios infringe la Ley Sherman.

- a) No existe diferencia alguna si el producto manufactura es fabricado en conformidad con un proceso de patente o máquina. [United States Vs. Standard Manufacturing Co., 226 U.S. 20 (1912)].
- b) No existe diferencia alguna si el artículo está patentado o sujeto a derechos de propiedad intelectual. [United States Vs. Univis Lens Co., 316 U.S. 241 (1942); Bobbs-Merril Co. Vs. Straus, 210 U.S. 339 (1908)].
- c) No existe diferencia alguna que el artículo sea vendido en competencia con artículos de la misma clase general. [United States Vs. Bausch & Lomb Optical Co., 321 U.S. 707 (1944)].

3.13.3.1.3 Sistemas de agencia.

Se Observa que la manera en que solucionaron el problema las compañías que deseaban mantener los precios de menudeo fue ya sea integrar y realizar ventas al menudeo, así como también manufactura, o establecer un sistema de

“agencia” de manera que los distribuidores eran de hecho “empleados” del fabricante.

3.13.3.1.4 Precios máximos -- *Albrecht vs. The Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

3.13.3.1.4.1 Hechos.

Albrecht (AB) era el distribuidor exclusivo de The Herald Co., (H) en un área en particular. AB cobraba a los usuarios más por los periódicos de H que el precio sugerido por H, y H dejó de venderle a AB. AB demandó y perdió. El juzgado de alzada confirmó el fallo, razonando que el precio máximo fijado era necesario para proteger al público del engaño de los distribuidores que tenían poder de monopolio en sus propios territorios. AB apela.

3.13.3.1.4.2 Litis.

¿Puede un productor fijar precios máximos para los distribuidores que tienen territorios exclusivos de venta?

3.13.3.1.4.3 Resolución.

No. El fallo fue anulado.

- (1) En el caso de *Kiefer-Stewart*, 340 U.S. 21 (1951), se decidió que los convenios para fijar precios máximos obstaculizan la libertad de los comerciantes y restringen de esta manera su habilidad para vender de acuerdo con su propio criterio.

- (2) Los precios máximos pueden ser fijados muy bajo para permitirles participar a los distribuidores en pequeño. O pueden tener los atributos de los precios mínimos determinados si todos cobran el precio fijo. De esta manera, la práctica de H es ilegal.

3.13.3.1.4.4Concurrencia.

Éste es un caso de "regla de lógica". La determinación del precio puede ser permisible, dependiendo de la legalidad de la asignación territorial, pero como la última cuestión no fue intentada, la determinación del precio no puede ser sostenida.

3.13.3.1.4.5Disensión.

Este caso involucra productos de monopolio, a diferencia del caso de *Kiefer-Stewart*. La práctica de H impide a AB subir sus precios arriba del precio competitivo. Esto concuerda con el objeto de la legislación antimonopolio.

La justificación por sí misma para fallar en la prohibición para la determinación de precios mínimos no ha sido demostrado que exista en el caso de los precios máximos. La práctica de H impide a AB cosechar las ganancias monopólicas. El juzgado ha decidido que la exclusividad en los territorios y el consecuente poder de mercado no pueden ser nunca una justificación para la determinación de los precios máximos porque los territorios exclusivos algunas veces son ilegales. Pero tampoco son siempre ilegales ni se ha demostrado que sean ilegales en este caso.

3.13.3.2 La reforma Miller-Tydings.

3.13.3.2.1 Introducción.

Las asociaciones de comerciantes al menudeo fijaron el camino para lograr que la legislación reconociera el mantenimiento del precio de menudeo. Los estados comenzaron a dar a los fabricantes el derecho de hacer cumplir los contratos que estipulaban los precios de reventa en artículos de marca. El problema era que estas leyes se podían hacer cumplir solamente cuando existía un contrato directo entre el fabricante y el distribuidor, y era una carga intolerable para el fabricante firmar contratos con todas las distribuidoras. Entonces los estados promulgaron leyes en las cuales se indicaba que una vez que los precios de reventa habían sido estipulados por medio de un contrato con un distribuidor, era ilegal que cualquier otro distribuidor ofreciera precios más bajos sobre ese precio (contrato con cláusula de no firmante). En el caso de *Old Deaborn Distributing Co. Vs. Seagram Distillers Corporation*, 299 U.S.183 (1936), el juzgado decidió que una ley estatal de competencia leal basada en estos principios era constitucional. Esto se encargó del problema de la ley estatal, pero en cualquier caso en que el comercio interestatal estuviera involucrado, la legislación federal antimonopolio era un problema.

3.13.3.2.2 La ley federal - Miller Tydings Act. Fundamento de la Ley.

Este decreto estipulaba que nada en la Ley Sherman o en el Decreto de Comercio Federal debería "interpretar los contratos ilegales o convenios que

estipulan precios mínimos para la reventa de un producto... que es una libre y franca competencia con los productos de la misma clase general producidos o distribuidos por otros, cuando los contratos o convenios que encajan en dicha descripción son legales cuando se aplican a operaciones interestatales en conformidad con cualquier estatuto... aquí o más adelante en vigor en cualquier estado... en el cual se haga la reventa, o al cual el producto deberá ser transportado para dicha reventa”.

3.13.3.2.3 Comentario.

Parece que el mantenimiento del precio de reventa puede obligarse a ser cumplido por los fabricantes aún con los distribuidores que no firmaron y no desean firmar contratos específicos obligándose a mantener los precios prescritos, y este derecho de hacer cumplimentarlos puede ser ejercido en todos los estados que tienen acciones de competencia leal aún con respecto de bienes con marcas que entraron a esos estados desde fuera. Esto era verdad desde 1937 hasta 1951.

3.13.3.2.4 El McGuire Act (1952).

En el McGuire Act, el Congreso asentó que nada en la ley federal podría hacer ilegal la disposición de “no firmante” en la ley estatal. Además, el Act permitió los convenios con respecto de los precios estipulados así como de precios mínimos, y permitió al primer comprador de los bienes (es decir, compradores por mayoreo) celebrar convenios de precios de reventa con los compradores subsecuentes.

3.13.3.2.5 Apelación.

Tanto el Miller-Tydings Act como el McGuire Act fueron apelados en 1975.

3.13.4 Restricciones territoriales y de consumidores

3.13.4.1 Introducción.

Un fabricante puede desear fijar los precios de reventa, cuyos problemas han sido discutidos con anterioridad. O puede desear nombrar a los distribuidores que vendan sus productos y desear que cada uno de los distribuidores se apropie de un territorio específico o distribuir a los usuarios específicos. Es decir, el fabricante puede desear impedir la competencia "**intra-brand**" con el fin de promover competencia "**intra-brand**" con los productos de la competencia.

Típicamente en estas situaciones los distribuidores acordarán no vender el producto a otros que no sean los usuarios designados o afuera del territorio asignado.

Las acciones en esta área de acuerdo con las leyes anti-trust antimonopólicas son invocadas bajo la Ley Sherman o la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio. La sección 3ra. De la Ley Clayton no es aplicable.

3.13.4.2 Restricciones horizontales.

Las restricciones horizontales son ilegales "*per se*". Por lo tanto, sí puede ser exhibido el hecho de que una división de territorios entre distribuidores ha sido acreditada e impuesta sobre el fabricante como resultado de una acción

concertada por los distribuidores, ésta será una restricción horizontal ilegal (ver United States vs. Sealy, Inc).

3.13.4.3 Restricciones verticalmente impuestas.

3.13.4.3.1 Derecho del fabricante de elegir a quién le venderá.

Está claro que un fabricante, ahí donde existen marcas compitiendo o substitutos parecidos, puede seleccionar a los distribuidores a través de quienes venderá y dirigirá mercadotécnicamente sus productos.

Entonces, si es un fabricante que selecciona únicamente a un distribuidor en cada ciudad importante, no hay violación. Hay que notar que ni de lejos nada ha sido dicho en relación con territorios exclusivos. En la práctica, la selección por el fabricante de los distribuidores al menudeo puede dar por resultado, por ejemplo: que se constituyan territorios exclusivos.

- a) Esto es análogo al caso de United States vs. Colgate y Co., p.e., simple fijación de precio y denegación de trato.
- b) Por analogía a Colgate, debe también ser idóneo otorgar unilateralmente territorios exclusivos o cuentas exclusivas. Sin embargo, como en el caso de Colgate, cualquier cosa que va más allá de la simple declaración unilateral del territorio o clientes, al igual que una denegación de trato (que involucra a distribuidores en un "convenio o combinación") sería una violación.

3.13.4.3.2 Único distribuidor -- Packard Motor Car Co. vs. Webster Motor Car Co., 243 F. 2d 418 (D.C. Cir. 1957).

3.13.4.3.2.1 Hechos.

El mayor distribuidor de Packard (D's) 3 distribuidores en Baltimore le dijeron a D que saldría del negocio a menos que tuviera una distribución exclusiva en la Ciudad. D aceptó y notificó a Webster (P) otro distribuidor, que su contrato de un año no sería renovado. D ofreció entonces a P un año más. P declinó la extensión de un año y demandó bajo la Ley Sherman.

El mercado relevante es de automóviles. Los otros son razonablemente intercambiables con D; no hay monopolio y no hay tendencia a crear uno, aún cuando éste elimina competencia entre marcas.

3.13.4.3.2.2 Litis.

¿Puede un fabricante crear una sola tienda al menudeo si no controla el mercado relevante?

3.13.4.3.2.3 Resolución.

Sí. No existe ninguna infracción.

- (1) El mercado relevante son los automóviles; otros son razonablemente intercambiables entre D; no existe monopolio ni una tendencia a crear uno aún cuando esto elimina competencia entre marcas.

3.13.4.3.2.4 Disensión.

No hay una acción unilateral por parte de D, sino más bien una conspiración de eliminar a P.

3.13.4.3.3 White Motor Co. y casos subsecuentes

a) En *United States vs. White Motor Co.* 372 U.S. 253 (1963), la corte indicó que no sabía si tales asignaciones territoriales debían ser ilegales *per se*. Por lo tanto, la corte revirtió el veredicto de la corte de Distrito otorgando juicio sumario a favor del gobierno y le ordenó a la Corte de Distrito suspender un juicio completo, tomando cuenta de los efectos comerciales de tales asignaciones.

(1) El juicio nunca se llevó a cabo ya que White Motor Co. Firmó un decreto de consentimiento.

(2) Hay que notar que la corte indicaba que la asignación territorial pudiera estar justificada aún donde una compañía está empezando por primera vez o donde fuera necesario por "razones financieras".

b) En *Sandura Co. Vs. F.T.C.*, 339 F. 2d 847 (6to. Cir. 1964) y *Snap-On Tools Corp. Vs. FTC* 321 F. 2d 825 (7o. Cir. 1963), las asignaciones del territorio del distribuidor fueron sostenidas bajo la regla de la razón.

Nota.

Estos casos **abordan** sólo la situación donde el fabricante está procurando **obtener** territorios o clientes para sus productos; el industrial no tiene la intención de advertir a los distribuidores del comercio de los productos de competidores industriales.

3.13.4.4 Efecto de tránsito del título -- Continental T.V., Inc. Vs. GTE Sylvania, Inc., 433 E.U.A. 36 (1977).

3.13.4.4.1 Hechos.

Continental (CTV) era un distribuidor al menudeo de productos electrónicos y tuvo una franquicia para la venta de televisores producidos por DGT Sylvania (DGT). Otorgando apertura comercializadora a la televisión con arreglos de franquicia limitada, el cual limitó los almacenes al menudeo a través de las cuales los concesionarios podrían vender las televisores. DGT otorgando una franquicia a una tienda dentro de una milla de la tienda CTV y la tienda protestada, simultáneamente solicitando una aprobación para vender televisores a través de tienda de menudeo, DGT negó la solicitud y CTV canceló un gran pedido con DGT y lo colocó con una empresa de la competencia. DGT redujo substancialmente la línea de crédito de CTV y llevó a cabo una acción para recobrar el precio de las televisores ya entregadas a CTV.

CTV contrademandó por daños y perjuicios por las violaciones a la Ley de Sherman. El tribunal de primera instancia adjudicó daños a CTV y el tribunal de apelación lo revocó.

3.13.4.4.2 Litis.

¿Puede un fabricante tratar de limitar y confinar áreas o personas con las cuales un artículo puede ser negociado después de que el fabricante ha dividido el dominio sobre esto?

3.13.4.4.3 Resolución.

Sí. El juicio del tribunal de apelación es afirmado.

- a) Estados Unidos vs. Arnold, Schwinn y Co., 338 E.U.A. 365 (1967), está revocando en lo que respecta a esta resolución, que un fabricante puede ejercitar control tanto tiempo como él mantenga el título (una regla por sí misma).
- b) La prueba es ahora la prueba general para las violaciones de la Ley Sherman (por ejemplo, la regla de la razón).
- c) La regla de la razón como aplicación para estos hechos permitiría razonable restricción dentro de la competencia de mercado para incrementar la oportunidad de competitividad en un mercado fuertemente competitivo.

- d) Diferenciar los efectos competitivos sobre las implicaciones legales del tránsito del título no es apoyado por las políticas económicas mencionadas por la Ley Sherman.

3.13.4.4 Conveniencia.

Schwinn no debería haber sido desestimado, en virtud de que Sylvania era un insignificante factor en el mercado y adoptó su plan de mercado menos restrictivo para sobrevivir en el mercado, mientras Schwinn fue el productor dominante y adoptó métodos más restrictivos para incrementar su participación de mercado. Schwinn también estaría manteniéndose como testigo para la invalidación de restricciones sobre la enajenación, después de que el título hubiera pasado, aunque le proporcione vitalidad a la importancia de la distinción del título en tránsito.

3.13.5 Agencia y relaciones similares.

3.13.5.1 Introducción.

La utilización de la agencia y de los bienes en consignación, es una manera para la prohibición del presidente de Dr. Miles en contra del establecimiento de los sobrepuestos en forma vertical.

3.13.5.1.1 Agencias - el caso de la General Electric. Estados Unidos vs. General Electric Co., 272 E.U.A. 476 (1926).

La empresa organizó un sistema de distribución de lámparas eléctricas bajo la cual los distribuidores al mayoreo y menudeo nunca compraron las lámparas o fueron propietarios de éstas, sin embargo las tuvieron en su poder y las vendieron fungiendo como "agentes" para la empresa. Fue demandado que las instrucciones de la empresa a los distribuidores al menudeo para vender sólo a los precios especificados no podría enredarse con la Ley Sherman, para que estos precios al menudeo no fueran "sobrepuestos" y que fueran los precios de la empresa (es decir, el distribuidor al menudeo fungiría como "agente" de la empresa haciendo la primera venta de los bienes). La empresa ganó en esta materia en *litis*. El tribunal decidió que la entrega de los bienes a los distribuidores al menudeo fuera por una simple consignación a un agente para la custodia y venta.

3.13.5.1.2 Arreglos de Consignación.

Numerosas compañías trataron de seguir el ejemplo de General Electric. Ellos implicaron bienes a consignación, reteniendo las facturas hasta que los bienes eran vendidos. Sin embargo, la corte ha desconfiado de esos arreglos y en un número de casos ha encontrado que los arreglos de consignación son simplemente un truco y realmente se han configurado como un "instrumento para fijar y mantener los precios".

3.13.5.2 Enfoque de consignación limitado -- *Simson vs. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13 (1964).

3.13.5.2.1 Hechos.

“Union Oil” (UO) tenía alquileres con sus distribuidores (estaciones de gasolina, arrendándoles tales estaciones por un año y consignando sus productos para venderlos a precios fijos. La consignación previó que la propiedad fuera de UO pero que el distribuidor soportara el riesgo de destrucción o pérdida, excepto cuando fuera, debido a ciertos hechos, de la naturaleza (hechos jurídicos). Simson (S) un distribuidor, vendió a precios por debajo de los establecidos por UO; UO se rehusó a renovar el alquiler y canceló el contrato de consignación. S demandó bajo la Ley Clayton y la Ley Sherman.

3.13.5.2.2 *Litis*.

¿Puede una compañía fijar precios de productos de los cuales no tiene la patente, usando convenios de consignación?

3.13.5.2.3 Resolución.

No. Se encontró fijación de precios ilegal.

- a) El caso de la General Electric fue aplicado solamente a artículos patentados.
- b) Un proveedor puede no coercitivamente obligar a un distribuidor de menudeo a mantener precios. Aquí el arreglo de consignación fue

usado como un "encubrimiento" para eludir las llamadas antimonopólicas.

- c) Un vasto sistema de distribución está incluido; en esta situación, donde son grandes los efectos potencialmente anticompetitivos, un sistema de consignación no puede ser usado para eludir fijaciones de precio de menudeo. Por otra parte, las leyes antimonopólicas pudieran ser eludidas por un "intento de manipulación de palabras".

3.13.5.2.4 Disensión.

El caso de la General Electric con respecto a las consignaciones ha sido sobreseído, aún cuando ese caso específicamente explica en su lenguaje que tenía una más amplia aplicación que la de productos patentados.

3.13.5.2.5 Comentarios.

Este caso puede ser leído de diversas formas:

- 1) El hecho de que la consignación fue incompleta (en el sentido de que el minorista seguía teniendo el riesgo de la pérdida) puede ser un factor decisivo (p.e., esto no fue de ningún modo una consignación). Entonces, fue un flagrante atentado de violar la regla del caso del Dr. Miles (p.e., que no se pueden fijar precios de reventa).
- 2) Las consignaciones son ilegales cuando se encuentra incierto el mantenimiento del precio al menudeo, excepto en la situación de

artículos patentados, tales como en el caso de General Electric. Esto significaría, excepto por una situación de patente, que las consignaciones relacionadas con la fijación de precios de reventa van más allá del caso Colgate y violación al caso Dr. Miles.

- 3) Las consignaciones son ilegales cuando se encuentran involucrados grandes sistemas de distribución económicamente importantes. Esto hace surgir un argumento de “poder de mercado”, el cual fue previamente eliminado en los casos de fijación de precios horizontal (ver el caso *Socony vs. Vacuum*). El razonamiento hubiera sido que son diferentes factores a considerar en la situación vertical, los cuales no están presentes en una situación horizontal. Si esto es cierto, significa que un factor adicional a los principios jurídicos norteamericanos de agencia (“agency”) han sido agregados al considerar la aplicación de las leyes antimonopólicas.
- 4) La distinción entre arreglos de consignación legales e ilegales está (i) determinar si es que las restricciones al precio son impuestas sobre los consignatarios, quienes de otra forma estarían en competencia con cada cual, y (ii) a saber si el consignante tiene tal apalancamiento económico sobre sus consignatarios que su denegación de trato para con ellos, excepto en lo que a la base del precio mantenido se refiere, es un efecto “coercitivo”. Esta fue la situación táctica tal y como se describió por la corte en *Simson*.

- a) La pregunta de ¿por qué “coerción es relevante”? ¿Hace alguna diferencia que un distribuidor voluntaria o involuntariamente se relacione en una situación anticompetitiva?

 - b) Esto otra vez implicaría que las relaciones de consignación en agencia son permisibles, pero que factores adicionales (p.e. “coerción”) son considerados (en adición a factores usuales de derecho norteamericano en la determinación de si una consignación realmente existe. Si la coerción es encontrada, y por lo tanto no verdadera consignación, entonces la regla prevista en el caso Dr. Miles no provee protección y el caso Dr. Miles controla, en virtud de que la consignación ilegal va más allá de la mera fijación de precios de reventa y de una denegación de trato.
- 5) Puede ser argumentado que respecto de los hechos que los distribuidores en el caso Simson eran más equiparables a comerciantes “independientes” y por lo tanto una verdadera agencia no existe. En otros contextos de facto los “agentes” pueden estar relacionados; por ejemplo, un artista puede comisionar a un agente a vender sus pinturas, fijando precios a los cuales éstos deben ser vendidos. Esto puede ser legal.
- 6) Notar que se mantiene probablemente alguna de las excepciones de consignación.

3.13.5.3 Última alternativa - Integración vertical.

Para el fabricante interesado en mantener precios de reventa. La última alternativa después de (i) las leyes de competencia legal, (ii) Colgate, o (iii) consignación, es integrar verticalmente, ya sea compartiendo o estableciendo los puntos de venta de menudeo. Pero la pregunta: ¿cuál es el valor que la Suprema Corte de Justicia de los EUA está tratando de mantener al preservar la opción de que los fabricantes fijen sus precios de menudeo?, ¿hay diferencias significativas en la situación vertical respecto de la horizontal? En virtud de verdaderas consignaciones, preservar las diferencias significativas ¿al grado de qué deberá ser una excepción reconocida a la regla general contraria a la fijación vertical de precios. Hay que notar que un valor que está siendo sostenido es el de la prevención de integraciones políticas y por ende la mayor concentración industrial. Otro valor es el de la preservación de la habilidad del fabricante de designar e implementar una estrategia mercadotécnica y de producto dirigido a competir con productos de la competencia.

3.13.6 Denegación de trato y mantenimiento de precio de reventa.

3.13.6.1 Introducción.

Las leyes antimonopólicas no llegan a prevenir que un fabricante se rehuse a negociar con un distribuidor, porque al primero lo desconcordan las prácticas mercadotécnicas del segundo. Esta sección analiza la problemática de si un

fabricante puede rehusarse a negociar con el distribuidor cuando éste se rehusa a mantener precios, los cuales han sido fijados por el fabricante.

3.13.6.2 Ausencia de un contrato -- United States vs. Colgate y Co. 250 U.S. 300 (1919).

3.13.6.2.1 Hechos.

Colgate (Col) tuvo un programa comprensivo de mantenimiento de precio de reventa y todos sus productos se vendieron a precios uniformes a lo largo de todo el país. La acusación emplazada por los Estados Unidos (EUA) relacionó todas las formas mediante las cuales tales precios habían sido mantenidos, incluyendo listas de precios de distribución y notificando la política de que se rehusaría a venderle a cualquiera que vendiera a precios diferentes. La Corte de Distrito destruyó la acusación. EUA apela.

3.13.6.2.2 *Litis*.

¿Puede un fabricante rehusarse a negociar con distribuidores que seguir un sugerido esquema de precios?

3.13.6.2.3 Resolución.

Sí. Sentencia confirmada.

- a) Existió una ausencia de cualquier arreglo contractual entre Col y los distribuidores y cada uno era libre de fijar sus propios precios a

riesgo de provocar el desacuerdo de Col. Col no controlaba el mercado y no había el propósito de crear o mantener un monopolio.

3.13.6.2.4 Comentario.

La decisión fue tomada en forma conjunta en el sentido de que un fabricante podía anunciar un precio de reventa y aplicarlo al rehusarse a vender a todos aquéllos que no mantenían los precios fijados. Lo anterior en razón de que no existieran contratos explícitos entre las partes (efectivamente al distribuidor se le dejó en libertad de escoger el no mantener los precios fijados).

3.13.6.3 Definición de "convenio" o "combinación" -- United States vs. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

3.13.6.3.1 Hechos.

Parke, Davis & Co. (PDC) fue un fabricante de medicinas; el cual emitió listas de precios con la advertencia de que rehusaría a negociar con mayoristas o detallistas al menudeo, quienes no mantenían sus precios. No había leyes de competencia en la ciudad de Washington o Virginia; 5 cadenas de farmacias en esas áreas se rehusaron a mantener los precios. PDC visitó a los mayoristas y les dijo a ellos que serían discriminados si ellos vendían a minoristas que rebajaban el precio; ellos aceptaron no hacerlo. Los distribuidores al menudeo fueron visitados también y se les dijo que ellos serían cortados (y que todos los minoristas iban a ser igualmente informados). Los minoristas continuaron rebajando los precios. PC los visitó nuevamente y negoció un arreglo donde

ellos podían continuar su política de precios, siempre y cuando ellos dejaran de anunciar sus rebajas de precios; todos aceptaron. Se instauró acción bajo la Ley Sherman por una combinación dirigida a restringir el comercio.

3.13.6.3.2 Litis.

¿Puede una fabricante ir más allá de hacer simplemente anuncios de precios y negarse a distribuir haciendo valer las limitaciones de los precios?

3.13.6.3.3 Resolución.

No. Se viola la Ley de Sherman.

- a) Colgate supuso sólo que había un simple anuncio de una política de precios y no tenía intención de distribuir con precios rebajados. No hubo acuerdos expresos o implícitos.

3.13.6.3.4 Disensión.

La acción unilateral de PDC no es tan unilateral simplemente porque esto es hecho simultáneamente en los niveles de mayorista y distribuidores al menudeo.

3.13.6.3.5 Comentarios.

De esta forma, una vez más, los tribunales enfrentaron un problema muy característico. ¿Cuándo una conducta del fabricante va más allá de "hacer

simplemente un anuncio de precios y se niega a distribuir"? Esto aparece en Parke en que casi nada va más allá del simple anuncio que constituirá "un convenio o combinación" en las limitaciones al comercio. De esta manera Colgate ha estado estrechamente circunscrito. Donde los mayoristas están pidiendo jugar un papel para disciplinar a los distribuidores al menudeo, o donde los fabricantes "negocian" de acuerdo a los mayoristas o los distribuidores al menudeo, eso parecería ser una violación. De hecho, ninguna cosa se agrega a un anuncio de precios y una negación para distribuir es sospechosa.

3.13.6.4 Fijando los máximos precios -- Albrecht vs. Herald Co., 390 E.U.A. 145 (1968).

3.13.6.4.1 Hechos.

La Herald Co. (H) publica un periódico, distribuido por una distribuidora independiente que compran al mayoreo y venden al menudeo. H sugirió un precio máximo e indicó que iba a discontinuar su práctica de otorgar territorios exclusivos (o cancelar las rutas por completo) donde no existiera el cumplimiento. Albrecht (AB), un distribuidor, aumentó sus precios. Entonces H mandó una carta a los usuarios de AB indicándoles que iba a entregar el periódico con el precio más bajo; una compañía de paper solicitation fue contratada para solicit away los usuarios de AB, y los usuarios que fueron solicitados fueron dados a otro distribuidor (todo esto fue hecho en el entendimiento que los usuarios regresarían a AB en caso de que bajara sus

precios). AB demandó en conformidad con la Ley Sherman y apeló al juzgado de primera instancia la negación de una promoción para tomar una resolución, no importando el fallo.

3.13.6.4.2 *Litis*.

¿Puede un editor terminar el contrato con un distribuidor independiente por rehusarse a cumplir el precio máximo de suscripción del editor?

3.13.6.4.3 Resolución.

No. El fallo fue anulado.

- a) Existió una combinación ilegal entre H, la compañía de solicitation y el distribuidor (que acaparó la porción de los usuarios de AB). H excedió los límites de Colgate.

3.13.6.4.4 Disensión.

No existió ninguna infracción debido a que no había conspiración ni H era un monopolista. No es conspiración el simplemente contratar a un nuevo distribuidor.

3.13.6.4.5 Comentario.

Después del caso de Albrecht parece que una vez que se demuestra que existe una combinación o convenio para fijar los precios de reventa, existe una violación por sí sola.

3.13.6.5 Reclamaciones de distribuidores al fabricante: Monsanto Co. Vs. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)

3.13.6.5.1 Hechos.

Spray Rite Service Corp., (SRSC, demandante), mayorista a descuento, era el décimo distribuidor más grande de herbicidas químicos agrícolas producidos por Monsanto Co. (MC, demandado). MC se negó a renovar la distribución de SRSC, quien entabló una demanda, argumentando que MC y sus demás distribuidores conspiraban para fijar los precios de reventa de los productos de MC, y que la terminación de su licencia de distribución sólo llevaba aún más lejos dicha conspiración. MC argumentó que había terminado la relación comercial con SRSC debido a que SRSC no había contratado vendedores capacitados, ni promovido las ventas en forma adecuada. El tribunal denegó la moción de MC solicitando un veredicto ordenado por el juez. El jurado falló a favor de SRSC y adjudicó 3.5 millones de dólares en daños. El tribunal de apelaciones ratificó la sentencia con base en que SRSC había podido sobrevivir a la moción de veredicto ordenado por el juez demostrando que MC había terminado la relación con SRSC después de quejas de otros distribuidores relacionadas con prácticas de reducción de precios por parte de SRSC. La Suprema Corte expidió un auto para abocarse al conocimiento de la causa.

3.13.6.5.2 Litis.

¿Es la evidencia de quejas de los distribuidores ante un fabricante acerca de tácticas de reducción de precios de un distribuidor en particular, seguida por la terminación de la relación comercial con el distribuidor que reduce precios, prueba suficiente para respaldar una decisión de violación de una disposición antimonopolio?

3.13.6.5.3 Resolución.

No. Sin embargo, sentencia confirmada.

- a) En los casos de terminación de relaciones comerciales con distribuidores, se hacen dos distinciones importantes: (i) la distinción entre una acción concertada y una acción independiente, y (ii) la distinción entre una acción concertada para fijar precios y una acción concertada sin restricción de los precios. Una acción independiente es permisible; la acción concertada no lo es. La acción concertada para fijar los precios es ilegal per se, pero una acción concertada con restricciones que no tienen que ver con los precios se resuelve conforme a la regla de la razón.

- b) Estos principios básicos no son siempre fácilmente aplicados a un determinado conjunto de hechos, porque un fabricante y sus distribuidores con frecuencia intercambian información específica del mercado con razones legítimas. Un fabricante puede tener

preocupaciones legítimas acerca de los precios al menudeo, por lo que sus distribuidores pueden permitirse dar el servicio a clientes necesario. Las quejas de los distribuidores, por sí mismas, no pueden justificar una inferencia de acción concertada ilegal. Debe existir también evidencia que excluya la posibilidad de que el fabricante y los distribuidores que continúan siéndolo actuaban en forma independiente.

- c) En este caso se tenía evidencia de que después de que SRSC había sido eliminado como distribuidor, MC se acercó a otros distribuidores que reducían precios y declaró que reduciría sus suministros de un nuevo herbicida para el maíz si no mantenían el precio al menudeo sugerido. Uno de ellos se resistió, pero cumplió después de que MC se quejó ante la compañía matriz del distribuidor. Poco tiempo antes de eliminar a SRSC como distribuidor, otro distribuidor escribió un boletín a sus clientes explicando los intentos de MC de "ordenar el mercado". Esta evidencia respalda la inferencia de una acción concertada, y el hecho de que MC haya transmitido a SRSC las quejas acerca de la reducción de precios de SRSC, pero nunca las justificaciones posteriores a la terminación de la relación comercial, respalda la conclusión de que MC terminó su relación comercial con SRSC como parte de su acción concertada y no en forma independiente.

3.13.6.5.4 Comentario.

El enfoque tomado por el tribunal de apelaciones pasó por alto el peligro de erosionar las doctrinas *Sylvania* y *Colgate*.

3.14 CONVENIOS ATADOS

3.14.1 La Ley Clayton. La Sección 3 de la Ley Clayton establece lo siguiente:

Será ilegal que cualquier persona dedicada al comercio, en el curso del mismo, rente, venda o contrate para venta, bienes, artículos, mercancía, maquinaria, suministros u otros bienes, sean patentados o no para su uso, consumo o reventa... o fije el precio que deba cobrarse por ellos, o un descuento o reducción a dicho precio, con la condición o convenio, o en el entendido de que el arrendatario o comprador de los mismos no utilizará ni comercializará los bienes, artículos, mercancía, maquinaria, suministros u otros bienes de un competidor o competidores del arrendador o vendedor, cuando el efecto de dicho arrendamiento, venta o contrato para dicha venta o la condición, convenio o entendimiento pueda ser reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio en cualquier actividad de comercio.

3.14.2 Definición. Los convenios "atados" pueden presentarse de diferentes maneras:

- a) Condiciones expresas contra el manejo de un producto de una compañía rival.

- b) Requerimiento de que el comprador sólo compre de un proveedor determinado ("trato exclusivo").
- c) El atar un bien a otro; por ejemplo, un fabricante de una máquina puede decir a su cliente que la máquina podrá ser utilizada por el cliente, siempre y cuando la utilice con algún otro producto del fabricante.

3.14.3 Requerimientos. Existen tres requisitos básicos para una atadura ilegal:

- a. Los productos atados y los productos a los que se atan deben ser productos separados;
- b. El vendedor debe tener suficiente poder económico para restringir considerablemente la competencia del producto atado; y
- c. El convenio atado debe afectar a más de una cantidad "insustancial" del comercio.

3.14.4 Desarrollo inicial en los casos de patentes.

3.14.4.1 El uso ilícito de patentes restringe la competencia.

3.14.4.1.1 Introducción.

El propietario de una patente puede utilizar el producto patentado como el producto al que se ata otro en una atadura (es decir, si el comprador desea el producto patentado debe comprar también el producto atado a él). Como materia de la ley de patentes, los tribunales han sostenido que la inclusión de una disposición tal de atadura en licencias de patentes constituye un uso ilícito

de las mismas. Cuando se determina un uso ilícito de una patente, el poseedor de la misma no recibirá reparación judicial contra la violación de las disposiciones de la licencia o de la patente misma.

3.14.4.1.2 Aplicación: Motion Picture Patents Co. Vs. Universal Film Manufacturing Co. 243 U.S. 502 (1917)

3.14.4.1.2.1 Hechos.

Motion Picture Patents Co. (MPPC, demandante) entabla una acción de violación de patente; tiene la patente de un proyector de películas y ha impreso sobre la máquina la leyenda de que no podrá ser utilizada salvo con películas que estén cubiertas por otras de las patentes de MPPC, ya vencidas.

3.14.4.1.2.2 Litis.

¿Puede el propietario de una patente restringir el uso del producto patentado especificando que sólo otro producto fabricado por él puede ser utilizado con el primer producto?

3.14.4.1.2.3 Resolución.

No.

- (1) La patente cubre exclusivamente a la máquina y no los materiales que puedan utilizarse con ella. El uso de materiales que no sean de MPPC no alterará la patente de MPPC sobre la máquina.

3.14.4.1.2.4 Inconformidad.

Una patente permite a su propietario determinar cómo podrá utilizarse el producto patentado; por lo tanto, no hay razón por la cual el propietario de la patente no pueda limitar los materiales que se utilizan con la máquina.

3.14.4.2 Acción en contra del infractor del producto patentado al que se ata otro producto.

En *Morton Salt Co. Vs. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942), el demandante MSC tenía una patente sobre una máquina utilizada para depositar tabletas de sal en operaciones de enlatado comercial; arrendaba las máquinas con el requisito de que el arrendatario utilizara sólo sus tabletas de sal. El demandado (SC), vendió una máquina que violaba la patente de MSC. El tribunal negó a MSC una orden judicial, sobre la base de que MSC había excedido el alcance de su patente, utilizando la máquina patentada en una conducta anticompetitiva. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que el sistema jurídico no podía proporcionarle una reparación judicial en contra de SC por violación de patente, cuando menos hasta que estuviera claro que MSC había dejado de tener una conducta ilegal (la doctrina de "manos sucias").

3.14.4.3 Acción en contra de un proveedor del producto atado.

En *Carbice Corp. Vs. American Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27 (1931), el tribunal negó reparación judicial al propietario de una patente en una

acción en contra de una parte que proporcionaba el producto atado (hielo seco para utilizarse en las máquinas patentadas del demandante, CC).

3.14.5 Análisis de la Ley Clayton.

3.14.5.1 Primeros casos: United Shoe Machinery Corp. Vs. Estados Unidos, 258 U.S. 451 (1922).

3.14.5.1.1 Hechos.

United Shoe Machinery Corp. (USMC, demandado) Machinery controlaba el 95% del negocio de maquinaria para zapaterías en los Estados Unidos; sus máquinas estaban protegidas por patentes. Arrendaba sus máquinas y como parte del arrendamiento tenía todo tipo de contratos atados imaginables (para arrendar una maquinaria, el arrendatario debía arrendar todo de USMC); el uso de maquinaria de un competidor era base para cancelación de arrendamientos; todos los suministros utilizados con las máquinas tenían que ser proporcionados por USMC, etc.). El Gobierno entabló una acción conforme a la sección 3.

3.14.5.1.2 Litis.

¿Puede un proveedor dominante exigir que sus clientes utilicen exclusivamente sus productos o ninguno?

3.14.5.1.3 Resolución.

No. Violación de la sección 3 de la Ley Clayton.

- a) USMC controla casi toda la industria y los convenios atados claramente tienden a crear un monopolio. Aun cuando las condiciones no incluyen convenios específicos de no utilizar maquinaria de un competidor de USMC, el efecto práctico es impedir dicho uso.

3.14.5.2 Estándares de calidad: International Salt Co. Vs. Estados Unidos, 332 U.S. 392 (1947).

3.14.5.2.1 Hechos.

International Salt (IS, demandado) era el primer productor de sal en los Estados Unidos. IS era propietario de las patentes sobre dos máquinas utilizadas en relación con la sal en procesos industriales. IS arrendaba estas máquinas, siempre y cuando el arrendatario comprara la sal a IS. También ofrecía contratos de mantenimiento sobre las máquinas. En una de ellas permitía a los arrendatarios utilizar sal más económica, pero el arrendatario tenía que darle a IS la oportunidad de igualar el menor precio. Se entabló una acción conforme a la sección 1 de la Ley Sherman y la sección 3 de la Ley Clayton.

3.14.5.2.2 Litis.

¿Puede el propietario de una patente imponer como condición de uso de sus máquinas patentadas un requerimiento de que el licenciatarlo compre todos los suministros del propietario de la patente?

3.14.5.2.3 Resolución.

No. Se trata de una violación per se.

- a) Una patente no permite un convenio atado con un producto no patentado.
- b) En un año vendió con las máquinas 500,000 dólares de sal; esto no es un “volumen insignificante del negocio”. La sal es el mercado relevante.
- c) La tendencia hacia un monopolio es una tendencia gradual, pero sin embargo muy evidente.
- d) El arrendador puede imponer de buena fe estándares de calidad razonables en relación con los productos utilizados con sus máquinas, pero no existe evidencia aquí que los competidores no estaban produciendo sal de calidad comparable a la sal de IS.

3.14.6 Análisis de la Ley Sherman.

3.14.6.1 Ley Sherman Vs. Ley Clayton: Times-Picayune Publishing Co. Vs. Estados Unidos, 345 U.S. 594 (1953).

3.14.6.1.1 Hechos.

El demandado (TPPC) publicaba el único periódico matutino en Nuevo Orleans, y uno de los dos periódicos vespertinos. Sólo aceptaba publicidad cuando los anuncios se ponían en sus dos periódicos. Se entabló una acción conforme a las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman.

3.14.6.1.2 Litis.

¿Impide la Ley Sherman ataduras si la compañía actúa sola y no goza de una posición monopólica?

3.14.6.1.3 Resolución.

No. No se encontraron violaciones.

- a) La Ley Clayton aplica si el vendedor goza de una posición monopólica en el mercado para el producto atado, o si se restringe un volumen sustancial de comercio en el producto atado. En cualquier caso, se da la disminución requerida de la competencia.
- b) Sin embargo, ambas condiciones deben cumplirse para satisfacer la Ley Sherman. El gobierno procedió conforme a la Ley Sherman. Pero TPPC controlaba sólo el 40% del espacio de publicidad en el mercado relevante. (Nótese que el tribunal también determinó que la publicidad en ambos periódicos era realmente sólo un producto, puesto que la mayoría de los periódicos que tienen un solo propietario venden publicidad de esta manera.)
- c) Conforme a la regla de la razón, el plan de "unidad" no es una restricción irracional del comercio puesto que no hay un efecto adverso en la competencia.

3.14.6.1.4 Comentario.

Nótese que el gobierno no procedió conforme a la Ley Clayton, tal vez debido a que la sección 3 de la Ley Clayton no puede aplicarse a los contratos atados para la venta de servicios (aplica exclusivamente a bienes, artículos, etc.). Así, un punto importante era si la sección 3 podía aplicarse a publicidad.

3.14.6.2 Definición de poder de mercado conforme a la Ley Sherman: Northern Pacific Railway Vs. Estados Unidos, 356 U.S. 1 (1958).

3.14.6.2.1 Hechos.

Northern Pacific (NP, demandado) tenía 40 millones de terreno que vendía sólo en contratos que exigían al comprador realizar todos sus embarques de productos fabricados en dichos terrenos por ferrocarriles de NP, siempre y cuando las tarifas de NP fueran iguales a las de los transportistas competidores. Estados Unidos (EE.UU. demandante) entabló una acción conforme a la Ley Sherman.

3.14.6.2.2 Litis.

Si una entidad controla un producto considerado único, ¿puede tener suficiente poder de mercado para que sean ilegales los convenios atados?

3.14.6.2.3 Resolución.

Sí. Violación de la Ley Sherman.

- a) Los contratos atados son ilegales per se cuando NP tiene suficiente poder económico con respecto al producto al que se ata otro para restringir considerablemente la libre competencia para el producto atado, y se ve afectado un monto no insustancial del comercio interestatal. (Nótese que este nivel es menor que la “posición monopólica” requerida en *Times-Picayune*.) Aquí NP tenía el poder necesario.

- b) La existencia misma de un convenio atado es evidencia suficiente del poder de mercado, cuando menos cuando no hay otra explicación comercial. (Nótese que el tribunal parece estarse refiriendo aquí a la posible excepción sugerida en *International Salt*.)

3.14.6.2.4 Inconformidad.

No existe evidencia suficiente acerca del predominio de NP sobre la tenencia de terrenos en comparación con otros propietarios de terrenos, o la naturaleza única de los terrenos de NP.

3.14.7 Operaciones en Paquete: Estados Unidos Vs. Loew’s Inc., 371 U.S. 38 (1962).

3.14.7.1 Hechos.

Loew’s, Inc. (LI, demandado) productor de películas, hacía paquetes de películas viejas con derechos de autor para su venta a estaciones de televisión.

Bastaba que una estación comprara algunas de las películas no deseadas para conseguir las mejores. Estados Unidos (EE.UU., demandante) entabla una acción conforme a la sección 1 de la Ley Sherman.

3.14.7.2 Litis.

¿Puede un vendedor ofrecer sólo “operaciones en paquete” que combinan productos deseables y no deseables a un precio combinado?

3.14.7.3 Resolución.

No. Violación de la Ley Sherman.

- a) El vendedor debe tener suficiente poder económico con respecto al producto al que se ata otro para restringir en forma considerable la competencia en el mercado para el producto atado. Dicho poder económico se infiere de la deseabilidad o naturaleza única del producto al que se ata el otro. Por ejemplo, el poder económico necesario se presume cuando el producto al que se ata otro es un producto patentado o con derechos de autor.
- b) Al ofrecer sólo tratos en paquete, LI está actuando atando las ventas de películas no deseadas a las ventas de películas deseadas. LI deberá presentar una lista de precios individual para cada película disponible por separado.

3.14.8 Definiciones, Defensas o excepciones, Apalancamiento

3.14.9 Ataduras permisibles: FTC Vs. Sinclair Refining Co., 261 U.S. 463 (1923).

3.14.9.1 Hechos.

Sinclair (S, demandado), refinadora, arrendaba tanques subterráneos con bombas para estaciones de distribución al menudeo con la condición de que el equipo fuera utilizado exclusivamente con gasolina de S.

3.14.9.2 Litis.

¿Puede un arrendador de equipo exigir a sus arrendatarios usar sólo los suministros del arrendador en dicho equipo, si el arrendatario tiene libre acceso a arrendadores competidores?

3.14.9.3 Resolución.

Sí. No hay violación.

- a) Los distribuidores al menudeo pueden comprar directamente otras marcas de tanques y bombas y S les abastecerá gasolina.
- b) Los distribuidores al menudeo pueden comprar otro equipo además del suministrado por S.

- c) En esencia, S está proporcionando equipo gratis para usarse al vender su propia marca.

3.14.9.4 Comentario.

En términos prácticos, si una estación utilizaba el equipo de S, no utilizaba ningún otro.

3.14.10 Especificación de estándares, no marca: IBM Vs. Estados Unidos, 298 U.S. 131 (1936)

3.14.10.1 Hechos.

IBM (demandado) fabrica maquinas para el procesamiento de datos que usan tarjetas tabuladoras fabricadas por IBM. Las tarjetas deben cumplir con algunas especificaciones para que puedan funcionar correctamente. IBM renta sus máquinas sobre la base de que sólo deben utilizarse tarjetas de IBM, pero se las rentó al gobierno sobre la base de que con un 15% de aumento en el costo del arrendamiento, el gobierno podría utilizar sus propias tarjetas.

3.14.10.2 Litis.

¿Puede el propietario de una patente cuyo equipo requiere suministros que cumplan especificaciones exactas, condicionar el uso del equipo al uso de suministros del propietario de la patente?

3.14.10.3 Resolución.

No. Violación a la sección 3 de la Ley Clayton.

- a) El arrendamiento al gobierno demuestra que otros podían fabricar tarjetas que funcionaban satisfactoriamente (es decir, cumplían con las especificaciones de IBM).
- b) Las ataduras llevan hacia un monopolio; IBM tiene 81% del mercado y su único competidor tiene 19%.
- c) El volumen de tarjetas utilizadas representa más de 3 millones de dólares al año.
- d) El hecho de que las máquinas sean patentadas no hace ninguna diferencia. Asimismo, la patente sobre las tarjetas no las protege como son compradas por los usuarios (no perforadas).

3.14.11 Regla de industria nueva.

Una manera de evitar la regla per se es presentar el argumento de que la restricción se basa en la razón comercial correcta. Por ejemplo, en *Estados Unidos Vs. Jerrold Electronics Corp.*, 365 U.S. 567 (1961), el demandado, JEC, era una compañía que vendía e instalaba sistemas de antena de televisión comunitaria, y ataba a estos sistemas los contratos de mantenimiento. La atadura estaba sustentada en el hecho de que el equipo no estaba totalmente probado y era de naturaleza muy sensible; cualquier otro arreglo habría

amenazado la reputación de JEC. El tribunal hizo notar que llegaría el momento en que la restricción dejaría de ser razonable, puesto que a la larga JEC estaría mejor establecido y los requerimientos técnicos de los sistemas se entenderían y conocerían más ampliamente.

3.14.12 Apalancamiento: United States Steel Corp. Vs. Fortner Enterprises, Inc., 429 U.S. 610 (1977).

3.14.12.1 Hechos.

Fortner Enterprises (FE, demandante) era una compañía creada por un experimentado desarrollador de bienes raíces con el fin de desarrollar un conjunto de casas. La división de casas habitación de United States Steel Corp., (USSC, demandado) deseaba comercializar sus casas prefabricadas y formó una compañía subsidiaria exclusivamente con el fin de otorgar crédito a los clientes para las casas prefabricadas. FE pidió financiamiento a USSC y se le otorgó un crédito para cubrir todos los costos de desarrollo así como el precio de compra de las casas prefabricadas. El contrato especificaba que el préstamo tenía como objeto la compra de casas de USSC. FE no estuvo satisfecho con el convenio y demandó por una cantidad triple de daños conforme a la doctrina de contratos atados de la Ley Sherman. El tribunal de distrito otorgó una sentencia sumaria a favor de USSC, pero la Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia y devolvió la causa a juicio con base en el poder económico de USSC. El tribunal de primera instancia determinó que el contrato crediticio era insólito en el hecho de que involucraba un alto riesgo para USSC y que rara vez

se contaba con un financiamiento del 100% para un desarrollo de bienes raíces. El tribunal también determinó que el precio de las casas de USSC estaba cuando mucho 15% por arriba del precio de los competidores y que USSC tenía una participación de mercado insignificante en las casas prefabricadas. Con base en estos hechos, el tribunal pronunció sentencia a favor de FE y el tribunal de apelaciones la ratificó. USSC apela.

3.14.12.2 Litis.

¿Es la medida de "considerable poder económico" utilizada para determinar si existe un convenio atado ilegal para que la parte que busca el convenio atado tenga mayor ventaja competitiva?

3.14.12.3 Resolución.

Sí. Revocada.

- a) La ventaja competitiva debe ser una ventaja económica, física, legal o similar que impida a los competidores ofrecer un producto competidor. Aquí, USSC estaba dispuesto a ofrecer financiamiento en un contrato de mayor riesgo, pero no había prueba alguna que demostrara que tenía una ventaja en términos de costo u otros factores en comparación con otros financieros.
- b) El hecho de que el arreglo financiero sea único no respalda la inferencia de considerable poder económico si no se puede

demostrar una ventaja competitiva en la capacidad de proporcionar financiamiento.

3.14.12.4 Opinión concurrente.

Esta sentencia se limita a la oferta de crédito por una compañía con convenios atados con el producto de otra compañía y no se espera que tenga influencia en el financiamiento de un solo producto por la misma compañía.

3.14.13 Dos enfoques a los convenios atados: Jefferson Parish Hospital District No. 2 Vs. Hyde, 446 U.S. 2 (1984).

3.14.13.1 Hechos.

Hyde (H, demandante), anesthesiólogo certificado por el consejo médico, deseaba ser admitido al personal médico de un hospital, el Jefferson Parish Hospital District No. 2 (JPH, demandado). El JPH rechazó la solicitud debido a un contrato exclusivo de servicios de anestesia entre el hospital y Roux & Associates, firma de cuatro anesthesiólogos. El tribunal de apelaciones sostuvo que el contrato era ilegal per se. La Suprema Corte otorgó un auto para conocimiento de causa.

3.14.13.2 Litis.

¿Debe una compañía tener poder de mercado en el mercado del producto al que se ata otro, antes de que un convenio atado pueda ser considerado ilegal per se?

3.14.13.3 Resolución.

Sí. Sentencia revocada.

- a) Los convenios atados son irracionales per se, porque representan un riesgo inaceptable de sofocar la competencia. Sin embargo, no puede decirse que el rechazar vender dos productos por separado restringe la competencia. Cuando cada uno de los productos puede comprarse por separado en un mercado competitivo, un paquete combinado no restringe la competencia.
- b) El elemento esencial de un convenio atado no válido es el uso del poder de mercado en el producto al que se ata otro para obligar a los compradores a llevarse el producto atado. La alteración de la competencia en el mercado para el producto atado es la violación de la Ley Sherman.
- c) La aplicación de la regla per se, depende primero del requisito de que el volumen de comercio obstaculizado debe ser sustancial, después, de la probabilidad de que se dé una obligación anticompetitiva. Donde se utiliza una patente para obligar a los compradores a comprar productos atados independientes, aplica la regla per se. El enfoque se hace en los mercados para los dos productos involucrados, porque debe haber dos mercados de productos separados para tener un convenio atado.

- d) En este caso, el enfoque se hace en la venta de servicios de JPH a sus pacientes, incluyendo servicios de anestesia. JPH argumenta que proporciona un paquete de servicios funcionalmente integrado, pero la evidencia demuestra que los consumidores diferencian entre los servicios de anestesia y otros servicios proporcionados por JPH. Así, existen dos mercados. Sin embargo el hospital al que solicitó entrar H, maneja sólo el 30% de los pacientes en esta área, lo que es un poder de mercado insuficiente para permitir que exista una obligación. Por esta razón, la regla per se no aplica en este caso.

- e) La práctica de JPH podría aún así violar la Ley Sherman si restringiera irracionalmente la competencia, pero la evidencia en este caso no establece cómo esta práctica afectaba la demanda de los consumidores de convenios independientes con los anesthesiólogos como H.

3.14.13.4 Opinión concurrente (O'Connor, J., Burger, C.J., Powell, Rehnquist, JJ.).

- a) La regla per se no puede utilizarse en casos de ataduras debido a que requiere análisis de los efectos económicos del convenio atado antes de poder aplicarla. En efecto, el tribunal debe realizar una investigación de la regla de la razón antes de determinar si se aplica la regla per se. Esto tiene como resultado pasar por alto los beneficios económicos que pueda tener un convenio en particular.

- b) Por el contrario, los tribunales deberían aplicar la regla de la razón y determinar (i) si el vendedor tiene poder en el mercado del producto al que se ata otro; (ii) si hay una amenaza sustancial de que el vendedor que hace la atadura adquiera poder de mercado en el mercado del producto atado; y (iii) si existe una base económica coherente para considerar los productos atados y el producto al que se atan como productos diferentes, de tal manera que los consumidores deseen comprar el producto atado por separado sin comprar también el producto al que se ata. Una vez que se cumplen estos requisitos, el convenio puede considerarse ilegal sólo si su impacto anticompetitivo es mayor a su contribución a la eficiencia.
- c) En este caso, el tercer elemento no se cumple porque no existe una razón económica sólida para considerar la cirugía y la anestesia como servicios por separado. Los pacientes compran la anestesia sólo como parte de los servicios del hospital. Al mismo tiempo, el arreglo les confiere beneficios significativos a los pacientes ya que asegura su disponibilidad y hace que el hospital sea responsable de seleccionar y supervisar a los anesthesiólogos.
- d) Aun cuando el contrato con Roux es exclusivo, no mejora en forma irracional la posición de mercado del hospital en relación con otros hospitales, ni permite irracionalmente que Roux adquiera poder en

relación con otros anesthesiólogos. Por lo tanto, está permitido conforme a la regla de la razón.

3.14.14 Resumen.

Esta área es similar a tratar de definir el "mercado relevante"; los casos presentan una gran cantidad de términos que ocultan los complejos problemas que requieren un análisis que no parece haberse intentado en los tribunales.

3.14.14.1 Problema de caracterización.

En primer lugar, existe el problema de caracterizar a una situación de hecho para ver si involucra ataduras. Para que exista una situación atada debe haber dos productos (el producto atado y el producto al que se ata). Por ejemplo, ¿un automóvil y sus llantas es un producto o son dos productos? A continuación se presentan algunos de los factores a considerar:

- 1) ¿Son los factores "funcionalmente" un producto?
- 2) ¿Se venden por separado y son utilizados en diversos mercados por separado?
- 3) ¿Resulta la venta amalgamada de los "componentes" en ahorros de costos que no sean ahorros en gastos de distribución?
- 4) ¿Se venden los productos a consumidores totalmente diferentes?
(Esto ocurre en los casos de reciprocidad.)

- 5) ¿Prefieren grupos importantes de consumidores tratarlos como productos diferentes (es decir, preferirían comprar los componentes de proveedores independientes)?
- 6) ¿Qué prácticas comerciales existen (es decir, en la práctica se determina el precio de los componentes por separado, etc.)?

3.14.14.2 Efecto apalancado.

El argumento para impedir los convenios atados es impedir que una parte con poder de mercado respecto a un producto utilice este “apalancamiento” para obstaculizar la competencia en otros mercados. Los factores que se examinan a este respecto son los siguientes:

3.14.14.2.1 Poder de mercado.

Los casos indican que el vendedor debe tener poder económico en el producto al que se ata otro. Indican que no necesita ser una participación de mercado específica, o poder monopólico. El problema es que este factor no ha sido examinado cuidadosamente en los casos respecto a su relación con los efectos anticompetitivos. Por ejemplo, no está claro, considerando el caso *Loew's*, que los competidores resultarían perjudicados por las operaciones con paquetes de películas del demandado. Así, lo que parece resultar de este caso, es que se le da al comprador un mayor rango de elección. En resumen, la mayoría de los casos toma a la ligera la cuestión de cuáles son los efectos competitivos que

están siendo prohibidos. No obstante, parece que cualquier atadura sustancial es ilegal, cualquiera que sea la forma en que se defina el poder de mercado.

3.14.14.2.2 Una cantidad no insustancial del negocio.

Otro punto importante de la prueba es demostrar que una "cantidad no insustancial del negocio" ha sido privado de las fuerzas competitivas. Este factor y el del poder de mercado funcionan en forma conjunta. En realidad, un tribunal puede sostener que donde se ha afectado una cantidad no insustancial del negocio, existe poder de mercado; o donde puede demostrarse que existe poder de mercado, puede presumirse que se afecta una cantidad no insustancial del negocio. En cualquier caso, parece claro que "no insustancial" no necesita ser una cantidad grande (p.e. 200,000 dólares en *Fortner*).

3.14.14.2.3 Justificación y la regla per se.

Algunos de los tribunales hablan acerca de una regla per se; sin embargo, parece que los tribunales realmente están aplicando una regla de la razón, puesto que permiten que los demandados presenten justificaciones comerciales (como en *Jerrold*, presentado anteriormente), ya que deben superarse los obstáculos de poder de mercado, convenios atados y caracterización.

3.15 TRATOS EXCLUSIVOS

3.15.1 Introducción

3.15.1.1 Integración vertical.

Es imposible decir exactamente cuál puede ser el efecto de la integración vertical en un caso determinado (es decir, integración en una compañía del proveedor de materias primas, el fabricante y el minorista). En algunos casos, la integración es más eficiente, ya que puede dar como resultado un costo unitario más bajo. En otros casos puede no haber mayor eficiencia involucrada. Y en algunos casos puede haber deseconomías.

Existen, por supuesto, implicaciones anticompetitivas posibles en la situación de integración. Por ejemplo, una compañía integrada es normalmente su propio cliente, y la integración puede por tanto reducir el número de clientes potenciales para las compañías no integradas. De la misma manera, cuando se dan ahorros de costos, la tendencia de una industria es a integrarse dando por resultado un número de compañías cada vez menor (es decir, la estructura de la industria se vuelve más concentrada). Finalmente, las compañías integradas pueden controlar todas las plantas que existen en determinado nivel de la estructura integrada, lo que puede disuadir a más compañías para entrar o competir en otros niveles.

3.15.1.2 Contratos exclusivos.

3.15.1.2.1 Introducción.

La Sección 3 de la Ley Clayton se establece en detalle anteriormente. Esta sección se comenta en relación con los contratos atados, que son

conceptualmente similares a los contratos exclusivos en los que se intenta atar un proveedor a un cliente en forma exclusiva. Los dos tipos de convenios y contratos están prohibidos por los términos de la sección 3.

3.15.1.2.2 Definición.

Un contrato exclusivo es un convenio donde por contrato el comprador conviene en que comprará sólo de un determinado proveedor. Nótese que para ser ilegal dicho contrato debe ser algo más que un simple contrato para comprar bienes; cada contrato excluye a otros proveedores. Este “algo más” debe ser un efecto adverso sustancial sobre las oportunidades competitivas de otras compañías para abastecer a los consumidores finales.

3.15.2 Una Prueba Cuantitativa: Standard Oil Co. of California Vs. Estados Unidos, 337 U.S. 293 (1949).

3.15.2.1 Hechos.

Standard Oil (SO, demandado) era la compañía de refinación y suministro de gas más grande en los estados del oeste. SO vendía gas a través de sus propias estaciones y distribuidores independientes, vendiendo el 7% del volumen en el mercado a través de distribuidores y otro 7% en sus propias estaciones. Existían otros seis competidores importantes y setenta pequeños. SO utilizaba contratos de suministro exclusivo con los distribuidores (como lo hacían todas las compañías de gas con sus distribuidores). Los distribuidores independientes constituían el 16% de las estaciones en el área. En 1947 vendió

60 millones de dólares de gas a través de estos distribuidores. Los contratos eran anuales. Estados Unidos (EE.UU., demandante) entabló una acción conforme a la sección 3 de la Ley Clayton.

3.15.2.2 Litis.

¿Puede presumirse un efecto anticompetitivo si un contrato exclusivo involucra una cantidad sustancial en dólares?

3.15.2.3 Resolución.

Sí. SO violó la sección 3 de la Ley Clayton.

- 1) Cuando están involucrados contratos atados (como en *International Salt*), todo lo que necesita demostrarse es que se trata de una "cantidad no insustancial del negocio". Sin embargo, los contratos de suministro tienen fines que no son necesariamente anticompetitivos. Con frecuencia tanto el comprador como el vendedor desean utilizar dicho contrato, pues dicho contrato puede asegurarle al comprador una fuente de abastecimiento, protección contra aumentos de precio, evitar el riesgo de almacenamiento, etc., y los vendedores pueden reducir los gastos de venta, pueden planear la producción, etc.
- 2) Así, los contratos de suministro pueden justificar un análisis de la regla de la razón. En este caso, SO no aumentó su participación de mercado en los últimos años, pero podría haber perdido participación

de mercado sin esos contratos. En resumen, los tribunales no están preparados para realizar un análisis económico tan detallado.

- 3) Por lo tanto, la sección 3 de la Ley Clayton se viola cuando la competencia ha sido obstaculizada en relación con una "cantidad sustancial" del negocio. Aquí nadie estará en desacuerdo de que se trataba de una cantidad sustancial del negocio.

3.15.2.4 Inconformidad.

La cantidad de operaciones no demuestra que el efecto de los contratos era "disminuir sustancialmente la competencia". Ésta es una pregunta cualitativa; todo lo que ha demostrado el tribunal es la cantidad involucrada.

3.15.3 Prácticas de Comercio Desleal: FTC Vs. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392 (1953).

3.15.3.1 Hechos.

Advertising Service (AS, demandado) producía y distribuía películas de publicidad que se presentaban en cines bajo un contrato exclusivo. AS tenía contratos exclusivos con 40% de los cines en su área de operación. AS y tres competidores juntos tenían contratos exclusivos con 75% de los cines que exhibían esa publicidad. FTC determinó que los contratos de AS restringían irracionalmente la competencia y tendían a crear un monopolio, por lo que se

prohibió que AS celebrara un contrato de ese tipo que durara más de un año. El tribunal de apelaciones revocó la sentencia.

3.15.3.2 Litis.

¿Puede FTC restringir el uso de contratos exclusivos aun cuando no haya prueba de conspiración?

3.15.3.3 Resolución.

Sí. Sentencia revocada. Una práctica que restrinja la competencia que sea aceptada por los competidores que en forma conjunta dominan el mercado, es un método injusto de competencia aun cuando no exista conspiración.

3.15.3.4 Inconformidad.

Por primera vez el tribunal sostiene que los contratos exclusivos independientes pueden sumarse para respaldar una acusación de violación a la Ley Sherman. Este caso es diferente al de *Standard Oil*, que involucraba el poder de un productor sobre los minoristas.

3.15.4 Prueba Cualitativa: Tampa Electric Co. Vs. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961).

3.15.4.1 Hechos.

Tampa Electric Co. (TEC, demandante) es una compañía de electricidad en Tampa, Florida, que suministra electricidad a un área del estado. Construyó una

nueva planta y contrató a Nashville Coal Co. (NCC, demandado) para satisfacer todas sus necesidades de carbón durante un período de veinte años, que no fueran menores a 225,000 toneladas de carbón al año. Justo antes de la entrega NCC se negó a cumplir el contrato. Se calculaba que las necesidades totales de TEC alcanzarían 2,250,000 toneladas anuales; el contrato tenía un valor de alrededor de 128 millones de dólares durante toda su vigencia. TEC demandó a NCC para que cumpliera el contrato. Los tribunales inferiores sostuvieron que el mercado relevante era la península de Florida, donde las necesidades de TEC constituían un porcentaje significativo del total necesario. De la misma manera, los tribunales inferiores sostuvieron que el contrato violaba la sección 3 de la Ley Clayton. TEC apela.

3.15.4.2 Litis.

¿Es el mercado relevante el mercado en el cual compiten los proveedores más que el lugar donde se encuentra el domicilio social del comprador?

3.15.4.3 Resolución.

Sí. Revocada la sentencia de los tribunales inferiores. El contrato no disminuye en forma sustancial la competencia y debía hacerse cumplir.

- 1) Primero, debe haber una determinación de la actividad comercial, en este caso el carbón.

- 2) La segunda pregunta es el “mercado relevante”. En este caso es el área geográfica de siete estados donde los productores de carbón compiten por ganar clientes. Aquí la cantidad requerida por TEC es menor al 1% del volumen total de producción.
- 3) Tercera, debe haber una determinación de una disminución sustancial de la competencia. Deberán considerarse varios factores:
 - (i) Efectos probables del contrato en el área relevante de la competencia efectiva.
 - (ii) Porcentaje del volumen total de comercio involucrado.
 - (iii) Efectos probables en la competencia de la parte del negocio involucrado sobre el cual se ejerce un derecho de prioridad.

La cantidad de comercio cuantitativamente es de poca consecuencia.

- 4) El caso es diferente al de *Standard Oil* en que ahí toda la industria estaba utilizando contratos de suministro y participaba una gran cantidad de minoristas (más de 6,000 estaciones).

3.15.4.4 Comentario.

Este caso rechaza el enfoque de *Standard Oil* (es decir, una cantidad de negocio puramente cuantitativa), pero no ofrece nada más concreto.

- 1) Nótese la importancia crítica de la definición de mercado relevante.

- 2) Nótese asimismo, que en *Tampa*, la planta de electricidad era el usuario final del carbón, por lo que el contrato de suministro no impedía que otros vendedores utilizaran un sistema de distribución para llegar a los consumidores. Este es el punto que estaba haciendo notar el tribunal al diferenciarlo del caso de *Standard Oil*. En *Standard Oil*, el tribunal estaba tratando de proteger al consumidor viendo que productos alternativos pudieran llegar al mercado a través del sistema de distribución establecido. En *Tampa*, la planta de electricidad era el consumidor final.

3.15.5 Razones Comerciales.

Nótese también, que las razones comerciales del contrato pueden ser determinantes.

- a. En *Tampa*, se trataba de una planta de electricidad que necesitaba contar con una fuente de suministro e involucraba al interés público. En otras palabras, donde parece que hay una motivación sustancial de la parte del comprador de tener un contrato de suministro por razones comerciales esenciales, el contrato puede defenderse.
- b. Por ejemplo, los contratos exclusivos podrían permitirse en una situación en la que una nueva compañía está iniciando operaciones y necesita tener garantizado que sus distribuidores sólo venderán sus productos.

3.15.6 Motivación del Comprador.

Otro factor puede ser si el comprador desea el contrato exclusivo, o si es impuesto por el vendedor, y el comprador (aunque le gustaría manejar otras marcas de los competidores) acepta que sea un contrato exclusivo con el fin de obtener el producto del vendedor.

3.15.7 Sistemas Alternativos de Distribución.

Finalmente, nótese que si puede crearse fácilmente un sistema alternativo de distribución (como sucede con muchos sistemas de ventas de puerta en puerta), los contratos exclusivos pueden no crear una barrera para las compañías competidoras que tienen la opción de crear sus propios sistemas de distribución.

3.15.8 Acciones de la Comisión Federal de Comercio: FTC Vs. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966).

3.15.8.1 Hechos.

FTC (demandante) entabló una acción en contra de Brown Brown Shoe Co., (BSC, demandado), el segundo fabricante más grande de zapatos, prohibiendo que continuara sus contratos de "franquicia" con 650 tiendas de zapatos para vender zapatos Brown y "no otras líneas de la competencia". La franquicia podía ser cancelada mediante aviso sin anticipación. BSC también prestaba servicios especiales a las tiendas de zapatos que aceptaban la franquicia (seguro de grupo a bajo costo, asistencia especial en la comercialización, etc.).

BSC argumentaba que tenía que demostrarse una disminución sustancial de la competencia.

3.15.8.2 Litis.

¿Puede la FTC declarar que una práctica es desleal aun cuando no viola específicamente las leyes antimonopolio?

3.15.8.3 Resolución.

Sí. Sentencia ratificada.

- 1) La FTC puede entablar una acción por competencia desleal en contra de prácticas que entran en conflicto con las disposiciones centrales de la Ley Sherman o la Ley Clayton, aun cuando no se muestre una prueba específica de los elementos requeridos por estas leyes.

3.15.8.4 Comentario.

Parece desafortunado tener diferentes estándares para las diversas leyes aplicadas a los mismos hechos. De la misma manera, parece no estar claro qué es lo que quiere demostrar este caso, puesto que la opinión no está escrita con claridad.

3.15.9 Regla de la razón.

Parece ser que el tribunal realmente se ha apegado a la prueba de la regla de la razón en esta área. Las pruebas presentadas en los casos se oponen entre sí, o cuando menos no son uniformes.

- a. No parece estar claro que el demandado puede argumentar justificaciones comerciales, y si no existe una disminución sustancial de la competencia en un mercado relevante, entonces el contrato se defenderá (nótese que con una justificación comercial sustancial, el mercado podrá definirse de tal manera que no se determine una disminución de la competencia).

- b. Por otra parte, el demandado puede demostrar que no ha habido una disminución sustancial de la competencia. Esto puede hacerse demostrando que sólo participa una pequeña proporción del mercado relevante, o sólo una pequeña cantidad de negocio (o ambas cosas) o que en efecto, hay poca o ninguna disminución de la competencia (como la que el demandado presenta demostrando que existen o pueden crearse fácilmente otros sistemas alternativos de distribución).

3.15.10 Contratos de Representación o Agencia.

Nótese que una compañía puede intentar evitar una prohibición de contratos exclusivos, creando su propio arreglo con su distribuidor o comprador como una "representación o agencia".

CAPÍTULO IV

4. LA CONCENTRACIÓN

El control de concentraciones es considerado como uno de los principales componentes substantivos de la legislación sobre competencia. Difiere de los otros dos componentes substantivos (las prohibiciones sobre abuso de posición dominante y sobre acuerdos anticompetitivos) porque su objetivo es impedir que se desarrollen estructuras de mercado que incrementen la posibilidad y probabilidad del comportamiento anticompetitivo, mientras que los otros dos componentes se aplican al comportamiento dentro de las estructuras de mercado existentes. El control de concentraciones se refiere al efecto potencial o esperado de ciertos desarrollos estructurales, mientras que los otros dos elementos substantivos se refieren a comportamiento que ya ha ocurrido⁶⁷.

⁶⁷ La Política de Competencia en la Economía Global: Una Perspectiva Latinoamericana. Banco Mundial – OCDE Buenos Aires, Argentina, 1996.

Hay tres tipos principales de fusiones: horizontales, verticales y conglomeradas (conglomerados). Las fusiones horizontales involucran a competidores y generalmente son las más perseguidas por las autoridades. Las fusiones verticales involucran empresas que operan en los distintos niveles de la cadena productiva y se considera que no debieran generar tanta preocupación a las autoridades de competencia. Las fusiones conglomeradas implican a empresas que operan en mercados que no se relacionan entre sí y se considera que este tipo de transacciones raras veces podrían inducir estructuras que hagan más probable el comportamiento anticompetitivo.

En los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, la integración de empresas por fusión o adquisición ha adquirido proporciones exponenciales.⁶⁸

Este crecimiento industrial y comercial registrado en los últimos años en las diferentes economías mundiales es producto de la integración jurídica y/o económica de empresas relacionadas entre sí. Carlos Marx a través de toda su obra describió este fenómeno como un proceso en el cual los medios de producción se centralizan en manos de un número cada vez más reducido de propietarios privados.⁶⁹

⁶⁸ James Stewart, "Den thieves", 1990.

⁶⁹ Carlos Marx, El Capital. Crítica de la Economía Política, Fondo de Cultura Económica, México, D. F. 1987, capítulos I y II.

El ingreso de México en el nuevo entorno comercial internacional y la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, nos convierten en un país que requiere ser más competitivo tanto en el ámbito local como en el internacional. En tal sentido, mediante la integración de empresas los empresarios mexicanos buscan encontrar un medio idóneo para ver alcanzados sus objetivos en materia de competencia. Sin embargo, muchas veces estas integraciones pueden tener efectos nocivos sobre la misma competencia, es decir, es probable que mediante procesos de integración los empresarios adquieran posiciones dominantes en los mercados que les permitan incurrir en prácticas monopólicas prohibidas por la ley.⁷⁰

Un aspecto de la LFCE que adquiere particular trascendencia es el previsto en el Capítulo III, relativo a las concentraciones. El concepto de concentración, así como el tratamiento que recibe, resulta novedoso en virtud de que la antigua y derogada Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios no lo consideraba; posiblemente debido a que se trata de una disposición no incluida expresamente en el texto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, parece atinado incluir este

⁷⁰ Durante el primer año de vigencia de la LFCE, la Comisión recibió 52 notificaciones de concentración de las cuales 37 provinieron del sector industrial; 4 del sector de comunicaciones, y 11 del sector financiero. Del total de notificaciones resueltas, se aprobaron 39 tal y como fueron presentadas; en los casos restantes, se condicionó la autorización a que las empresas involucradas cumplieran con condiciones que eliminaran los posibles efectos anticompetitivos de las operaciones. (Informe Anual de 1993-1994 de la Comisión Federal de Competencia, p. 17).

concepto en la nueva ley de competencia, debido a la magnitud y repercusión que las concentraciones pueden tener en determinados sectores de la economía.

Por sus nuevas implicaciones, resulta difícil explicar o definir con precisión este concepto de concentración, ya que puede -y de hecho tiene- un amplísimo número de aplicaciones, tanto desde la perspectiva económica como legal. En un intento de captar su significado podemos decir que la concentración es la unión de dos o más sociedades o empresas⁷¹ bajo una dirección común, con la finalidad de cumplir un objetivo preponderantemente de carácter económico.

La LFCE establece una política preventiva en materia de concentraciones. Las grandes transacciones y operaciones deben ser notificadas a la Comisión antes de su realización, como acontece en otros países que tienen una política de competencia desde hace ya varios años. La experiencia de estos países, como Canadá o Estados Unidos de Norteamérica, muestra que, a la larga, este tipo de políticas resultan muy efectivas, pues las concentraciones son evaluadas y en su caso objetadas o condicionadas antes de que puedan causar daños considerables al proceso de competencia y libre concurrencia.

⁷¹ El concepto de empresa es de carácter económico. La generación de los economistas la conciben como el conjunto o unidad de recursos materiales y humanos organizados y orientados a la consecución de fines económicos. Por tanto, de acuerdo con este criterio, las nociones sociedad mercantil y sociedad civil no son sinónimas del concepto empresa. En este y otros capítulos utilizaremos todas estas acepciones, según el contexto de las ideas expuestas.

4.1 CONCENTRACIÓN A PARTIR DE LA ECONOMÍA

Desde la perspectiva económica, por concentración debe entenderse la unión de dos o más titulares de unidades económicas, con miras a ejecutar una política común y obligatoria respecto a las actividades económicas que ambas realizan.⁷² Por lo tanto, a final de cuentas, el probable éxito o fracaso económico es el que decide sobre el tamaño y el tipo de combinación empresarial, estableciendo así las condiciones y términos de una concentración.

Aunque la concentración sea rentable para las partes que la realizan, pueden afectar el funcionamiento eficiente del mercado de tal modo que disminuya, dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia, provocando el que surjan monopolios en perjuicio del mercado y, por supuesto, de los consumidores.

En la mayoría de los casos, las concentraciones, además de resultar rentables para quienes las realizan, fortalecen el proceso competitivo, pues la eficiencia interna que alcanzan los agentes económicos al concentrarse pueden tener efectos positivos hacia el exterior, es decir, en el mercado.

⁷² Jorge Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, segunda edición, 1991, p. 21.

Pero también puede presentarse el caso de que una concentración de este tipo, además de este efecto útil, provoque el desplazamiento indebido de otros competidores importantes y convierta a la empresa resultante de la concentración en el único oferente de un determinado producto, por lo que seguramente podría incurrir en prácticas prohibidas por la ley. Al revisar los criterios de análisis de las concentraciones notificadas a la Comisión, se hará una reflexión más analítica al respecto.

La concentración, a fin de cuentas, resulta un concepto más de tipo económico que jurídico, y la razón es que a través de ésta una empresa busca obtener un mayor crecimiento o expansión y, por ende, una mayor utilidad. Sin embargo, considerando a la concentración de empresas como una operación de carácter y propósito eminentemente económico, no debemos olvidar que es a través de cauces legales como se logra o lleva a cabo.

Los agentes económicos pueden lograr un mayor crecimiento únicamente de dos maneras: de forma interna, mediante el aumento de las operaciones productivas. Este aumento puede ser resultado de un incremento en la demanda de los bienes o servicios, y se puede lograr mediante el establecimiento de nuevas y más modernas líneas de producción, financiadas por las utilidades del negocio. De forma externa, obteniendo un crecimiento derivado de la adquisición de empresas. Este tipo de operaciones se puede llevar a cabo mediante un contrato o convenio de suscripción o adquisición de acciones del capital social de una sociedad, o bien obteniendo el control de

empresas a través de cualquier medio legal. Evidentemente, también puede llevarse a cabo a través de la constitución de nuevas sociedades.

Para efectos del objetivo planteado en este capítulo, únicamente nos referiremos al crecimiento o expansión de una sociedad o empresa de forma externa, pues en la interna no hay concentración.

Las Cortes Norteamericanas clasifican las concentraciones (mergers and acquisitions) en verticales, horizontales y en conglomerado.⁷³ Esta clasificación depende, principalmente, del tipo de actividades económicas que realizan los agentes económicos que en ellas participan.

4.1.1 Concentraciones verticales

Se dan cuando los agentes económicos a concentrarse forman parte de diferentes etapas del proceso productivo, pudiendo ir desde la fabricación de la materia prima hasta la distribución y comercialización o mercadeo de los productos de consumo final. Cuando la empresa adquirida es cliente, abastecedora o proveedora, se trata de una conducta con efectos estructurales sobre la competencia de naturaleza vertical. Asimismo, cuando las empresas producen bienes complementarios, estamos igualmente hablando de concentraciones de carácter o naturaleza vertical.

⁷³ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, abril 2, 1992.

4.1.2 Concentraciones horizontales

Por su parte, son horizontales cuando los agentes económicos a concentrarse están situados en la misma etapa del proceso productivo, es decir, realizan la misma actividad o producen un producto idéntico o similar. En otras palabras: cuando la empresa adquirida es competidora, se trata de una conducta con efectos estructurales sobre la competencia de naturaleza horizontal.

4.1.3 Concentraciones en conglomerado

Por último, en conglomerado son aquellas en las cuales las empresas que se unirán tienen muy poco en común en cuanto al proceso productivo y a la actividad que realizan. Por ejemplo, una produce plumas de escribir, mientras que la otra se dedica a la elaboración de calzado. Al analizar los posibles efectos que las concentraciones tienen sobre la competencia, regresaremos a éstas ya que merecen una especial consideración.

4.2 CONCENTRACIÓN A PARTIR DEL DERECHO

El ordenamiento jurídico -especialmente las ramas del Derecho Civil y del Derecho Mercantil- pone a disposición de los agentes económicos determinadas formas e instrumentos legales, a través de los cuales pueden concentrarse. Por lo tanto, consideramos que existe un nexo inexorable entre la concentración y el Derecho.

Desde la perspectiva legal, la definición de concentración es la apuntada por el artículo 16 de la LFCE y, en ese sentido, representa la única definición válida:

"Para efectos de esta ley (LFCE), se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes, o cualesquiera otros agentes económicos".

En la doctrina podemos encontrar innumerables teorías y clasificaciones con respecto a las concentraciones. Algunas de éstas no son útiles en México, pues se ajustan a la legislación que les dio origen en su respectivo país. Una clasificación acorde con la legislación mexicana distingue entre concentraciones con transmisión de dominio y concentraciones donde no hay transmisión de dominio.

Las concentraciones que se llevan a cabo a través de medios patrimoniales son aquéllas en donde forzosamente hay transmisión de dominio, y en la generalidad de los casos son onerosas. Como ejemplos podemos citar en materia civil y mercantil la compraventa, la permuta, la donación y el mutuo. Todas estas figuras jurídicas tienen en común que transmiten el dominio de la cosa y consisten en obligaciones de dar.

Por su parte, las concentraciones que no implican transmisión de dominio se realizan a través de figuras jurídico-obligacionales, las cuales se caracterizan

porque en la generalidad de los casos la obligación principal es de hacer o no hacer. Al respecto, podemos encontrar una cantidad innumerable de actos jurídicos: algunos contratos de asociación en participación, algunos contratos de fideicomiso, algunas alianzas estratégicas o joint ventures, así como cualquier otra figura contractual atípica. En muchos casos, encontramos actos de concentración que por su complejidad contienen obligaciones tanto de hacer como de no hacer, así como de dar.⁷⁴

4.3 ELEMENTOS DE LA CONCENTRACIÓN.

Podemos considerar que el artículo 16 de LFCE establece tres elementos característicos de una concentración. El primero se refiere al acto que da origen a una concentración (elemento formal); el segundo, por el contrario, se refiere a las características propias de una concentración (elemento material), y por último el tercero tiene que ver con los sujetos que pueden incurrir en una concentración (elemento personal).

Antes de pasar al análisis de estos tres elementos, es importante aclarar que el artículo es ejemplificativo y no limitativo, toda vez que en cada uno de esos elementos se establece la generalidad.

⁷⁴ Francisco Lozano Noriega, Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1990, p. 69.

4.3.1 Las Concentraciones y sus concretizaciones

Los elementos formales consisten en aquellos actos jurídicos que dan origen a una concentración, es decir, son la forma jurídica que debe revestir una transacción cuyo efecto, u objeto, sea una concentración de agentes económicos, de acuerdo con el artículo 16 de la LFCE. Este artículo divide en tres los actos que dan origen a una concentración: fusión, adquisición del control o cualquier acto por el cual se concentren.

4.3.1.1 La Fusión

La fusión es el acto jurídico en virtud del cual dos o más sociedades civiles o mercantiles, que anteriormente eran entidades jurídicas y económicamente independientes, se unen y crean una nueva, o bien subsiste una desapareciendo las demás. En el primer caso, se habla de fusión por integración, pues dos o más sociedades se extinguen para crear una nueva; en el segundo caso, por el contrario, se habla de incorporación de la sociedad que desaparece en la que subsiste.

La normal es que en el proceso de fusión se encuentren vinculadas sociedades con un objeto social común y con una actividad económica similar, idéntica o complementaria, pero puede darse el caso de que en una fusión estén involucradas sociedades totalmente heterogéneas, o incluso, sociedades en liquidación, en suspensión de pagos o en estado de quiebra.

4.3.1.2 La Adquisición del Control

Adquirir el control es cualquier acto en virtud del cual un agente económico adquiere el poder de tomar decisiones que afecten la vida económica y jurídica de otro agente económico distinto. La forma más común de adquirir el control es mediante la tenencia mayoritaria de las acciones -con derechos corporativos y patrimoniales plenos- representativas del capital social de una determinada sociedad. Esta forma en particular recibe el nombre de control directo, pues la sociedad controladora participa mayoritariamente en forma directa en el capital social de otra sociedad, la cual se convierte en subsidiaria de la primera. Existe también el control indirecto cuando una sociedad A participa en el capital social de otra sociedad B, la cual participa a su vez en el capital social de una tercera sociedad C.

Pueden ser muchas y muy variadas las formas a través de las cuales un agente económico puede adquirir control; así, por ejemplo, la fracción III del artículo 57-c de la Ley del Impuesto sobre la Renta enumera una serie de supuestos en

virtud de los cuales se entiende que un agente económico adquiere o mantiene control con respecto a otro.⁷⁵

Existen, sin embargo, otras muchas posibilidades: por ejemplo, el control puede adquirirse a través del nombramiento, por otro agente económico de la mayoría de los consejeros propietarios en el consejo de administración: o bien, como sucede en el caso de las franquicias, mediante la imposición de obligaciones; o siendo el suministrador único de materias indispensables para el cumplimiento de su objeto, ya que sin esas materias es imposible seguir desarrollando su actividad.

La ley no hace referencia específica a los actos jurídicos mediante los cuales se puede adquirir el control de otros agentes económicos. Ello tiene el propósito de permitir que cualquier acto jurídico, sin importar su naturaleza, por medio del cual se adquiriera control quede comprendido como elemento formal de la definición de concentración del artículo 16 de la ley. Tomando en consideración

⁷⁵ Evidentemente la Ley del Impuesto Sobre la Renta no es supletoria de la LFCE; la utilizamos en el sentido de tener una idea más clara sobre el concepto de control. Los supuestos que enumera la fracción III del artículo 57-c de la Ley del Impuesto sobre la Renta son los siguientes: a) Cuando las actividades mercantiles de la sociedad de que se trata se realizan preponderadamente con la sociedad controladora o las controladas. b) Cuando la controladora o las controladas tengan junto con otras personas físicas o morales vinculadas con ellas, una participación superior al 50% en las acciones con derecho a voto en la sociedad de que se trate. En caso de residentes en el extranjero, sólo se considerarán cuando residan en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información. C) Cuando la controladora o las controladas tengan una inversión de tal magnitud en la sociedad de que se trate, que de hecho les permita ejercer una influencia preponderante en las operaciones de la empresa.

otros ordenamientos, los siguientes mecanismos son los que, generalmente, otorgan el control:

- La adquisición de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades, inclusive cuando dicha propiedad se obtenga por conducto de otras sociedades, a su vez controladas por la misma controladora.
- Ocupar cargos de dirección o responsabilidad en otras sociedades.
- Que se tenga el derecho de nombrar a más del 50% de los integrantes del consejo de administración de otra sociedad.

Mediante la imposición de determinadas obligaciones (verbigracia, franquicias).

4.3.1.3 Cualquier Acto por el Cual se Concentren

Los actos de concentración se realizan no solamente a través de fusiones, adquisición de acciones o activos o adquiriendo el control de una sociedad. Como ha quedado demostrado, todos estos actos son fácilmente detectables como concentraciones, según el artículo 16 de la LFCE. Existen, sin embargo,

otros muchos actos por medio de los cuales los agentes económicos pueden cometer una concentración.⁷⁶

La expresión el **acto por virtud del cual se concentren** es ambigua y da lugar a confusiones debido a que la ley pretende definir lo que es una concentración utilizando la misma palabra a definir. En este caso, el sentido que debe darse a la ley es: *el acto en virtud del cual los agentes económicos se reúnen para lograr un fin económico*. Esta unión puede ser a través de asunción de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Lo que parece quedar claro es que, necesariamente, en un acto de concentración deben estar involucrados dos o más agentes económicos, es decir, la concentración es un acto jurídico donde deben coincidir forzosamente dos o más voluntades. Lo anterior significa que aquellos actos jurídicos consistentes en declaraciones unilaterales de voluntad, no pueden ser considerados como concentraciones y, por lo tanto, no confieren la obligación de notificarlos antes de su realización. Ejemplos de actos jurídicos unilaterales son: la oferta, la estipulación a favor de terceros y otras formas atípicas de declaración unilateral.⁷⁷

⁷⁶ En la terminología jurídica, la palabra acto tiene dos sentidos diferentes: en ocasiones se refiere una operación jurídica; otras veces designa un documento destinado a demostrar alguna cosa. (Planiol citado por: Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 152.)

⁷⁷ Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, Editorial Harla, México, D.F., tercera edición, 1984, p. 175.

Examinemos algunos ejemplos de agrupación de sociedades que dan pauta para catalogarlas como actos de concentración porque actualizan el supuesto del artículo 16 en estudio:

4.3.1.3.1 Consorcio

Las principales características que reviste el consorcio son, en primer lugar, que cada una de las sociedades que en él participan conservan su personalidad jurídica y, en segunda medida que todas ellas persiguen un fin común transitorio, ya sea asociándose contractualmente o constituyendo una nueva sociedad.⁷⁸ El consorcio puede, por lo tanto, carecer de personalidad jurídica o, por el contrario, puede estar dotada de ella en el caso de que los agentes económicos involucrados decidan constituir una nueva sociedad. Esta figura no es recogida típicamente por el ordenamiento jurídico mexicano, lo cual no ha sido un obstáculo para que empresas extranjeras empiecen a introducirlo en el país.

4.3.1.3.2 Konzern

La principal distinción entre los conceptos consorcio y *konsern* consiste en que en este último la agrupación de sociedades se realiza con fines permanentes.⁷⁹ Esta figura es reconocida por nuestra legislación, recibe el nombre de sociedad

⁷⁸ Manuel García Rendón, *Sociedades Mercantiles*, Editorial Harla, México, D.F., 1983, p. 515.

⁷⁹ *Ibid.* P. 516.

de responsabilidad limitada de interés público, y es organizada por comerciantes. Su funcionamiento es vigilado por el Estado, razón por lo que la doctrina la considera de derecho administrativo-mercantil, pues está regulada por una ley especial.⁸⁰ En todos los casos, los agentes económicos que participan en la misma mantienen su propia personalidad jurídica.

4.3.1.3.3 Holding

La sociedad *holding* se caracteriza porque su principal objeto y actividad consiste en adquirir, por cualquier medio legal, acciones representativas del capital social de otras sociedades distintas. Igualmente pueden tener por objeto social controlar y supervisar la administración de cualquier tipo de sociedades; por ello en la práctica corporativa mexicana suele hablarse de compañías controladoras y controladas. El principal criterio utilizado para determinar que una sociedad es *holding* de otra se refiere al monto del capital social controlado y, consecuentemente, al poder de voto que la *holding* ejerce en la controlada. Por regla general, una sociedad es *holding* de otra cuando su interés en al controlada excede el 50% del capital social. Otra importante característica de este tipo de agrupamiento de sociedades es que cada una de ellas conserva su propia personalidad jurídica y, a veces, su propio patrimonio. Un análisis de la

⁸⁰ La sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público se constituye cuando se trata de actividades de interés particular. La *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público* se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1994.

estructura accionaria de la sociedad controlada permitirá verificar si, efectivamente, se presenta esta situación.

4.3.1.3.4 Cártel

El cártel es un agrupamiento contractual de productores de ciertas mercancías idénticas, similares o complementarias, normalmente pertenecientes a la misma fase de actividad, con el propósito de controlar la producción, distribución y precio de las mismas. Este tipo de concentración no persigue más objetivo que el de eliminar la competencia y crear un monopolio colectivo en perjuicio de los consumidores.

Los economistas identifican esta figura con la de un oligopolio formal colusivo. Oligopolio porque supone un número más o menos reducido de productores y un gran número de consumidores; formal, porque reviste la forma de convenio o contrato, y colusivo porque tiene la intención de perjudicar a otros productores y a los consumidores.⁸¹

4.3.1.3.5 Asociación en participación

El artículo 252 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* define esta figura en los siguientes términos:

⁸¹ Michael J. Brennan, *Theory of economic statics*. Prentice-Hall, U.S.A., segunda edición, 1988, p. 245.

“La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.”

De la propia definición legal se infiere que se trata de un contrato bilateral, *intuitu personae*, en el que una de las partes --llamado asociado-- aporta a otra --llamada asociante-- bienes o servicios destinados a la explotación de una empresa o a la ejecución de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la participación en las utilidades o en las pérdidas.

4.3.1.3.6 Constitución de sociedades

En términos muy sencillos, cualquier tipo de sociedad es una agrupación de personas reunidas para organizar y aportar bienes destinados a la realización de un objetivo común, por lo que su constitución representa siempre un acto de concentración de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de la ley. Dentro del contexto de la *LFCE*, las sociedades, sean mercantiles o civiles, son el resultado de un proceso donde agentes económicos (generalmente personas físicas) se concentran. Evidentemente, no toda constitución de sociedades es preocupante desde la perspectiva de competencia como más adelante analizaremos.

4.3.1.3.7 Joint-venture

La figura de *joint-venture* consiste en un contrato realizado entre dos sociedades o empresas mediante el cual se constituye una nueva sociedad o se realiza un proyecto conjunto. Las *joint-ventures* son generalmente de investigación y desarrollo (*R&D*), producción o fabricación (*manufacturing*), o comercialización (*marketing*).

4.3.1.3.8 Alianzas estratégicas

El término de alianza estratégica es muy ambiguo, pues en sentido amplio todas las alianzas entre sociedades son, en cierta forma, estratégicas. Sin embargo, una de las características de este tipo de transacciones es que por lo general se realiza entre dos empresas independientes entre sí, a diferencia de la *joint-venture* en donde la mayoría de las veces se constituye una empresa conjunta, o al menos una entidad destinada a realizar un proyecto conjunto. Tentativamente podemos establecer que las alianzas estratégicas conforman una especie de contratos o acuerdos entre empresas independientes entre sí, las cuales involucran aspectos de producción o desarrollo de productos. Por último, las alianzas estratégicas son horizontales, verticales o complementarias dependiendo del tipo de integración.

4.3.1.3.9 Escisiones

El artículo 228-bis de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece lo siguiente:

“Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación.”

De acuerdo con el artículo anterior, la escisión puede constituir un acto de concentración en virtud de que los activos y capital social de la escidente se concentran en la sociedad escindida de nueva creación, lo cual puede o no tener otros accionistas diferentes a los de la sociedad que aporta el activo o capital social.

De acuerdo con la *LFCE*, muchas de las figuras analizadas pueden tener un tratamiento distinto al que reciben los actos de concentración. La mayoría implican cualquier cantidad de contratos, convenios, arreglos o combinaciones y, en tal sentido, les son aplicables conforme a los artículos 9 y 10, las disposiciones que la ley establece para los casos de prácticas monopólicas.⁸²

⁸² Nos referimos específicamente a los siguientes actos: consorcio, *konsern*, cártel, alianzas estratégicas y asociaciones en participación.

Parecería, entonces, que en algunos casos dichas figuras pueden recibir un tratamiento como actos de concentración o como posibles prácticas monopólicas relativas o absolutas. Esto no es así. Todo depende de si en el acto hay o no efectos traslativos de dominio; es decir: si en virtud del contrato, convenio, arreglo o acuerdo de cooperación se transmiten acciones, activos o cualquier objeto material, estamos en presencia de una concentración y como tal debe ser tratada. Si por el contrario no existe esta transmisión, entonces estos actos deben recibir el tratamiento que la ley contempla para posibles casos de prácticas monopólicas absolutas o relativas, dependiendo de las características de cada caso.

4.3.2 Elementos Materiales de las Concentraciones

Por lo que se refiere a los elementos materiales, hay concentración en la medida en que un mismo agente económico adquiera el control de sociedades, asociaciones o fideicomisos, o simplemente adquiera acciones, partes sociales o activos. La concentración de sociedades, asociaciones y fideicomisos implica la adquisición del control considerado como facultad de decisión. Por lo que respecta a la concentración de acciones, partes sociales o activos, implica una simple adquisición como facultad de disponer.

La adquisición del control considerado como facultad de decisión consiste en que un agente económico concentre sociedades o asociaciones. Esto implica la unión bajo un mismo mando de dos o más sociedades o asociaciones, derivada de un acuerdo, convenio o contrato que contemple o bien obligaciones de dar o

bien, obligaciones de hacer o de no hacer. La razón de esta afirmación radica en que es el mismo artículo el que prevé expresamente la concentración de sociedades o asociaciones derivada de la fusión o por medio de la adquisición de acciones o activos, es decir, por medios patrimoniales.

Al referirse el artículo a los fideicomisos es necesario establecer dos posibles situaciones totalmente distintas. La primera tiene que ver con que el fideicomiso constituya un medio para lograr una concentración entre dos agentes económicos distintos. En la segunda situación, el artículo equipara el fideicomiso con un agente económico que como tal puede concentrarse con otro a través de cualquier medio material que el mismo artículo exprese. Por lo mismo, el tratamiento del fideicomiso puede resultar distinto.⁸³

Otro supuesto es el acto de concentración que consiste en la adquisición por parte de un agente económico de partes sociales, acciones o activos. Esta adquisición puede revestir la forma de un contrato que implique la transmisión de dominio, como el contrato de compraventa, permuta, donación o mutuo.

⁸³ Es difícil concebir el hecho de que un fideicomiso se concentre con otro agente económico, pues carece de personalidad jurídica; en todo caso, en este supuesto --y desde un punto de vista eminentemente material-- se trata de la fusión o reunión de dos diversos patrimonios afectados a fideicomisos diversos, cuya titularidad económica y jurídica pertenece al fiduciario y a un fideicomitente o al fideicomisario, según el caso.

4.3.3 Elementos Personales de las Concentraciones

Según el artículo 16 de la ley, los sujetos que incurren en un acto de concentración pueden ser competidores, proveedores, clientes o cualquier otro agente económico. Por lo tanto, los agentes económicos constituyen el elemento personal de cualquier acto de concentración, y lo que no resulta del todo relevante (para el elemento personal) es la relación que guarden entre sí, es decir, no es importante el hecho de que éstos sean clientes, competidores o proveedores; basta con ser agente económico de acuerdo con lo que establece el artículo 3 de la ley.⁸⁴

El concepto de agente económico es de gran relevancia en el estudio de los casos de concentración. En sus artículos relativos al análisis de concentraciones, la *LFCE* se refiere únicamente, a los agentes económicos que van a concentrarse participando de forma directa en la operación. El problema surge cuando estos agentes económicos pertenecen parcial o totalmente a otro u otros agentes económicos. Este es el caso de las sociedades controladoras, las cuales ostentan la mayoría del capital representativo de la empresa que va a incurrir directamente en un acto de concentración. De esta manera, tenemos dos formas de participación: una directa en cuanto a los participantes en el acto,

⁸⁴ Lo que sí es relevante para el estudio del caso. A manera de ejemplo, si se concentran agentes económicos que no son ni competidores, ni proveedores, ni clientes, no habrá problema de posibles daños a la competencia.

y otra indirecta, por lo que se refiere a agentes económicos que a través de sus subsidiarias pretenden concentrarse.

Para que la *Comisión* esté en posibilidades de determinar con objetividad el mercado relevante y el poder sustancial resultante de la concentración, forzosamente debe considerar a todo agente económico involucrado en ese acto, y analizar a todas y cada una de las empresas que directa o indirectamente participan y están involucradas en la transacción.

La *LFCE* no contempla la participación indirecta de un agente económico en la transacción, lo que origina que la *Comisión* únicamente posea facultades para analizar todo lo relacionado con los agentes económicos que están involucrados directamente en la misma. Sin embargo, es un hecho conocido que la *Comisión* considera como partes en un acto de concentración a todos aquellos agentes económicos que se encuentran directa o indirectamente involucrados en ella. Una posible forma de resolver esta problemática es considerar a todas las sociedades vinculadas como una sola unidad económica.

Diversos ordenamientos pueden resultar de ayuda para definir y entender el concepto de unidad económica. En primer lugar tenemos para efectos fiscales, la *Ley del Impuesto sobre la Renta* considerada como una sola unidad económica a las sociedades controladoras y las empresas controladas, ya que permite el pago de impuestos en forma consolidada. Para que exista esta relación de empresa controlada - empresa controladora, es necesario que la empresa controlada presente cualquiera de los siguientes supuestos:

- Que sus acciones con derecho a voto sean poseídas en más del 50% por una sociedad controladora, ya sea en forma directa o indirecta.
- Que sus acciones con derecho a voto sean poseídas en más del 50%, por la sociedad controladora o la controlada junto con otras personas físicas o morales vinculadas con ellas.
- Cuando una sociedad controladora, o cualquiera de las controladas, ejerza control efectivo sobre la misma, sin importar el porcentaje de acciones de que sean propietarios o poseedores.

Existe control efectivo cuando se verifica alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando las actividades mercantiles de la sociedad de que se trata se realizan preponderantemente con la sociedad controladora o las controladas.
- Cuando la controladora o las controladas tengan una inversión de tal magnitud en la sociedad de que se trate, que de hecho les permita ejercer una influencia preponderante en las operaciones de la empresa.
- Cuando la sociedad controladora tenga el derecho a designar a más del 50% de los miembros integrantes del consejo de administración, o bien designe a los titulares de los puestos directivos o con responsabilidad.

Otras formas de establecer la vinculación entre empresas se encuentran contempladas en la *Ley Aduanera* --para efectos de establecer la base gravable

del impuesto general de importación-- que toma en cuenta a las empresas *vinculadas*,⁸⁵ y en el Tratado de Doble Tributación ante la OCDE, donde se establecen ciertas disposiciones en relación con el pago del impuesto de empresas asociadas.⁸⁶

4.4 LAS CONCENTRACIONES QUE DEBEN NOTIFICARSE

El procedimiento de notificación previa, conocido también como prenotificación, tiene un carácter esencialmente preventivo pues busca evitar, antes de su consumación, aquellas concentraciones que sean contrarias a las disposiciones de la ley, es decir, que tengan como objeto o efecto dañar, disminuir o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia. La cuestión es prevenir lo que después sería costoso y difícil deshacer o desconcentrar.

⁸⁵ El artículo 52 señala: "Se establece que existe vinculación entre personas, en los siguientes casos: I. Si una de ellas ocupa cargos de dirección o responsabilidad en una empresa de la otra. II. Si están legalmente reconocidas como asociadas en negocios. III. Si tienen relación de patrón y trabajador. IV. Si una persona tiene directa o indirectamente la propiedad, el control o la posesión del 5% o más de las acciones, partes sociales, aportaciones o títulos en circulación y con derecho a voto en ambas. V. Si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra. VI. Si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera persona. VII. Si juntas controlan directa o indirectamente a una tercera persona. VIII. Si son de la misma familia."

⁸⁶ El artículo 9º considera como empresas asociadas (*Associated Enterprises*) cuando: "I. Una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante. II. Una misma persona participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante....."

Concretamente, la política consiste en sujetar a un requisito de autorización previa aquellas concentraciones que actualicen los supuestos de ley, mediante la obligación de notificar el acto para su autorización antes de realizarse. Rogelio López Velarde sostiene que la obligación previa de notificar es equiparable a un requisito de validez que la *LFCE* ha incorporado en la legislación mexicana. Ello obedece a que la *Comisión* posee la facultad de suprimir el acto u ordenar la desconcentración parcial o total de lo concentrado indebidamente, lo que se asimila a una nulidad absoluta o relativa del acto afectado. A ello se suma la obligación que tiene el Registro Público de Comercio de no inscribir aquellos actos que no cuenten con la resolución favorable de la *Comisión*.⁸⁷

Al respecto, no consideramos que la autorización concedida por la *Comisión* a los agentes económicos que pretendan llevar a cabo un acto de concentración, sea un nuevo elemento de validez de los actos jurídicos introducido por el legislador. Una concentración no notificada tiene perfecta validez legal, pero carece de legalidad. Rogelio López Velarde confunde un estado de invalidez con un estado de ilicitud. La inscripción del acto en el Registro Público de Comercio no es, como lo sostiene el autor, un requisito de validez, sino un requisito para que el acto pueda surtir efectos contra terceros. Además de que

⁸⁷ Rogelio López Velarde Estrada, *op. cit.*, p. 302.

no todos los actos de concentración tienen que ser inscritos en el Registro Público de Comercio.

El procedimiento de prenotificación incrementa la seguridad jurídica de los agentes económicos, pues una vez que la *Comisión* apruebe el acto de concentración, no habrá posibilidad de que la autoridad se oponga al mismo o intente revertirlo.⁸⁸ Esto no significa que el agente económico, cuya concentración no haya sido impugnada u objetada por la *Comisión*, quede autorizado para incurrir en prácticas contrarias a la ley.

Muchas veces, el procedimiento previo de notificación se lleva en forma paralela a otros procedimientos de autorización contenidos en otros ordenamientos. En la constitución e integración de grupos financieros, el artículo 10 de la *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras* establece que la incorporación de una nueva sociedad a un grupo ya constituido, la fusión de dos o más grupos, así como la fusión de dos o más entidades participantes en un mismo grupo, requiere autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. En

⁸⁸ El artículo 22 de la *LFCE* establece: "No podrán ser impugnadas con base en esta ley: I. Las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa. II....."

todos los casos, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al otorgar o denegar dichas autorizaciones, debe procurar evitar que se presenten fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el sistema financiero.⁸⁹ Pero en éste y otros casos, el procedimiento seguido ante la *Comisión* es diferente y totalmente independiente.

La *Comisión* goza de absoluta autonomía para dictar sus resoluciones, por lo que puede contrariar las autorizaciones dictadas por alguna dependencia de la administración pública federal; además, la *Comisión* juzga los actos teniendo únicamente en cuenta el proceso de competencia y libre concurrencia.

4.4.1 Artículo 20 de la LFCE

El artículo 20 de la *LFCE* dispone que las concentraciones que impliquen transacciones que actualicen alguno de sus supuestos, deben ser notificadas a la *Comisión* antes de realizarse. Analizaremos a continuación cada uno de estos supuestos.

4.4.1.1 Análisis de la Fracción I del Artículo 20 de la LFCE

“Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:

⁸⁹ El 18 de julio de 1990 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras*. Esta ley es la primera en México que regula una manifestación de la concentración de empresas.

I. Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;

En relación con esta fracción, por transacción debe entenderse la fusión, adquisición del control o cualquier acto por medio del cual se concentren sociedades, asociaciones, etcétera; en otras palabras, el concepto transacción se equipara a los elementos formales de una concentración.

Ésta --como la segunda fracción, que posteriormente analizaremos-- prevé la posibilidad de que el acto que da origen a una concentración consista en uno solo o en una sucesión de actos. Cuando es uno solo es de ejecución instantánea, pues las prestaciones de las partes se ejecutan de un solo golpe y en un solo momento. Por el contrario, cuando son dos o más los actos que dan origen a un acto de concentración, implican que la ejecución es de forma sucesiva o de forma escalonada. Es sucesiva cuando las prestaciones de las partes se ejecutan de momento a momento durante el tiempo de vigencia del contrato o convenio que formaliza el acto de concentración, y es escalonada cuando las prestaciones de las partes se van repitiendo en intervalos de tiempo.

Al respecto se pueden hacer tres consideraciones:

- Que la sucesión de actos sea equiparada a una obligación de tracto sucesivo, o bien a una obligación que quede subordinada al cumplimiento de otra obligación anterior de dar, hacer o no hacer. Un ejemplo del primer supuesto es la venta en abonos, y del segundo, la obligación de constituir un

fideicomiso de garantía como acto previo a la venta de acciones. En ambos casos el problema consiste en el momento en que deben ser notificadas las operaciones.

- Que la sucesión de actos implique actos aislados uno respecto a otro, pero que al ser considerados conjuntamente terminen constituyendo alguna forma de concentración en términos del artículo 16. Un ejemplo de este supuesto puede ser la compra en diferente tiempo, por parte de un agente económico, de acciones representativas de capital social de otro; en este caso su participación irá aumentando hasta adquirir el control de la empresa.
- Que la sucesión de actos implique la realización de todos en un solo momento, y que estén vinculados entre sí con el objeto de lograr el fin para el cual fueron creados. Aisladamente, cada acto no rebasa el monto fijado por la ley, pero si los consideramos en su conjunto sí lo hacen. Así, por ejemplo, un agente económico pacta varios contratos de compraventa del 100% de las acciones de una determinada sociedad con cada uno de los accionistas.

En conclusión, hay sucesión de actos cuando las prestaciones entre las partes tienden directa o indirectamente a adquirir cualquier activo, acción o interés de un agente económico.

Todo acto de concentración que implique obligaciones de dar o hacer puede encuadrar perfectamente en esta hipótesis.

4.4.1.2 Análisis de la Fracción II del Artículo 20 de la LFCE

*“Las siguientes concentraciones, **antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:***

*II. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la **acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un Agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;***

El concepto *acumular* implica todo acto que transfiera definitiva o temporalmente activos, capital social o partes sociales de un agente económico a otro. Esto significa necesariamente que el acto o, sucesión de actos, contenga obligaciones de dar, ya que de lo contrario no puede hablarse propiamente de acumulación.

En consecuencia, la presente fracción deja fuera toda concentración que no implique transmisión de propiedad, pues si las partes se concentran para asumir obligaciones de hacer o no hacer, éstas no necesariamente implican una acumulación. Así pues, en las alianzas estratégicas, *joint ventures*, consorcios y, en general, los acuerdos de las partes que sólo impliquen obligaciones de hacer o no hacer, no hay obligación de notificar la operación de acuerdo con esta fracción, pero posiblemente sí de conformidad con la fracción I.

Con relación a la acumulación de acciones, hay que distinguir entre la emisión, la suscripción y el pago de las mismas. La emisión de acciones es exclusiva de la sociedad, mientras que la suscripción y el pago están prohibidas a la sociedad emisora.⁹⁰ El agente económico al que se refiere la fracción es la sociedad emisora, debido a que la concentración del adquirente se refiere a las de la sociedad emisora y no al propietario de las acciones. Lo anterior, sin perjuicio de que el agente económico vendedor de las acciones deba notificar la transacción como participante directo en la misma, y sin que ello implique que la sociedad emisora de las acciones quede eximida de notificar.

Esta segunda fracción no distingue si el 35% se refiere a acciones con derecho a voto, o al 35% del total de las acciones emitidas y en circulación. Así, puede haber transmisión de acciones que representen el 35% de las acciones de capital social fijo, pero que junto con las de capital variable el porcentaje sea inferior. Lo conveniente sería que esta fracción se refiriese al 35% de la totalidad de las acciones emitidas por la sociedad o, el 35% de las acciones con plenos derechos de voto; sin que se compute para tal efecto las acciones con derechos de voto limitado.

⁹⁰ El artículo 134 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* establece esta prohibición, con la única excepción prevista en el artículo 14 bis de la *Ley del Mercado de Valores* que permite a las sociedades adquirir sus propias acciones para efectos de la cotización de las mismas, pero sin que ello implique derechos corporativos de la propia sociedad.

Por lo que se refiere a la acumulación de activos, el agente económico que interesa es la sociedad propietaria de los mismos.

El monto de los activos o de las ventas que se toman en cuenta para rebasar el equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, son del agente económico emisor de las acciones y no del agente económico que vende las mismas.

4.4.1.3 Análisis de la Fracción III del Artículo 20 de la LFCE

*“Las siguientes concentraciones, **antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:***

III. Si en la transacción participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.”

Esta fracción contiene dos supuestos, y para actualizarla en su totalidad hace falta que ambos se cumplan. El primero es que en la transacción participen dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. Este primer supuesto no contempla

transmisión alguna. El segundo supuesto es que la transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. En esta segunda hipótesis, por lo tanto, es necesario que se presente una transmisión de propiedad por medio de la cual un agente económico acumule a su patrimonio los activos o capital social de otro agente económico.

4.4.2 Sujetos Obligados a Notificar

La *LFCE* no impone la obligación de notificar una concentración a un sujeto determinado, sea éste el fusionante o el fusionado, el vendedor o comprador, etcétera.⁹¹ Es preciso que esta carga recaiga en todos los agentes económicos involucrados directamente en la transacción.

Existen otras razones que conducen a la misma conclusión. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una fusión notificada únicamente por la sociedad fusionante. Una resolución que impusiese una multa a esa fusión por no haber sido notificada a tiempo, únicamente podría recaer en la sociedad que dio cuenta de la fusión y que, por lo tanto, fue parte en el procedimiento, y no en la

⁹¹ En el *Informe Anual de la Comisión 1993 - 1994* se considera que la obligación de notificar una concentración corresponde a todas las partes involucradas en la transacción. Sin embargo, de forma por demás contradictoria, sostiene a la vez que el agente económico que concentra es el primer obligado a notificar. Para el caso de fusiones plantea que la obligación recae en ambos, fusionado y fusionante. (*Informe Anual de la Comisión Federal de Competencia 1993 - 1994*, México, p. 26.)

sociedad fusionada que sería igualmente culpable. El problema puede agravarse en el caso de que la *Comisión* ordene la desconcentración total o parcial de lo que indebidamente se haya concentrado, pues si una de las partes en el acto de concentración no intervino en el procedimiento, es prácticamente imposible ejecutar el acto con respecto a la parte que no fue oída y vencida en juicio.

Otra interpretación es que la obligación de notificar recae únicamente en el agente económico adquirente por ser él quien concentra, pero por la naturaleza misma de la concentración, en muchos casos esto no siempre es posible, pensemos, por ejemplo, en la oferta pública de acciones donde forzosamente es el enajenante quien debe notificar el acto.

¿Es necesario que toda resolución emitida por la *Comisión* obligue a todas las partes involucradas en un acto de concentración? o ¿es suficiente que obligue tan sólo a una de las partes para que la resolución sea eficaz? Para evitar problemas legales y conseguir rápida y eficazmente el cumplimiento de las decisiones que emita la *Comisión*, es recomendable que en los procedimientos de concentración todas las partes involucradas queden obligadas a notificar.

Por último, la obligación previa de notificación no debe ser solidaria, es decir, el agente económico que notifica no libera de dicha obligación a los demás agentes económicos involucrados en la transacción. Tampoco es permitida la gestión oficiosa cuando se trata de procedimientos seguidos ante autoridades de la administración pública.

4.4.3 Obligación Previa de Notificar

El primer párrafo del artículo 20 de la *LFCE* es muy claro al establecer que las concentraciones deben ser notificadas a la *Comisión* antes de realizarse. El problema consiste en determinar cuándo se entiende como realizado el acto de concentración. En principio, un acto queda realizado en el momento en que surte plenos efectos. Se debe cumplir con la obligación de notificar la concentración antes de su realización cuando:

- Los agentes económicos aún no han celebrado el acto jurídico que da origen a una concentración. Pueden considerarse como indicios de que ya se celebró el acto cuando existe el pago del precio pactado, o cuando las partes involucradas firman los contratos o convenios definitivos.
- Los agentes económicos hayan celebrado el acto jurídico que da origen a una concentración, pero el cumplimiento de las obligaciones es posterior a la fecha de notificación, ya sea porque la fecha de pago es ulterior, o bien porque el acto esté bajo alguna modalidad legal.

Una vez efectuada la notificación del acto de concentración, los agentes económicos involucrados quedan en plena libertad de realizarlo, lo cual acontece al momento en que dicho acto surte plenamente sus efectos, incluso antes de que la *Comisión* resuelva sobre el mismo. La razón es sencilla: no existe una prohibición expresa de realizar el acto, siendo aplicable al respecto el

Principio General de Derecho que establece que lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

Al respecto, una crítica que debe hacerse es que si los agentes económicos llegan a concentrarse antes de la resolución de la *Comisión*, la *ratio legis* de la *LFCE* carece de significado, pues la política sobre concentraciones tiene un carácter preventivo y, en este sentido, si las partes están en libertad de realizar el acto, se pierde el efecto preventivo que busca la ley. Sin embargo, de forma un tanto contradictoria, el artículo 20 de la ley contempla la posibilidad de que la *Comisión* ordene la desconcentración total o parcial de lo que se hubiera concentrado indebidamente, lo que significa que la postura de la *LFCE* va en la línea de no suspender ni distorsionar el desarrollo natural del tráfico mercantil, y limitar la obligación de los interesados a notificar el acto antes de su realización.

En el supuesto de que la *Comisión* objete el acto de concentración por considerarlo contrario a la competencia, tiene la facultad de ordenar total o parcialmente su desconcentración. En caso de que los agentes económicos decidan concentrarse antes de que la *Comisión* se pronuncie al respecto, corren el grave riesgo de que ésta ordene la desconcentración de lo indebidamente concentrado, acarreando enormes costos y dificultades para las partes involucradas.

En otras legislaciones existe un mecanismo mediante el cual la autoridad en materia de competencia prohíbe durante un plazo cerrar la operación notificada. Este mecanismo es utilizado en países como Canadá y Estados Unidos de

Norteamérica y se le conoce como período de espera (*wanting period*). Para el caso canadiense, la duración del período de espera depende de la información que deben presentar los agentes económicos para el análisis de concentración. En caso de presentar información mínima (*short form*), el período de espera es de 7 días, contados a partir de la entrega de la información y siempre que la autoridad no requiera información extensa (*long form*). En caso de información extensa, el período de espera es de 20 días, también contados a partir de la entrega de dicha información. En Estados Unidos de Norteamérica, el período de espera comienza a partir de la notificación del acto al *Federal Trade Commission* y su duración es de 30 días para todo tipo de transacciones, excepto las que se realicen a través de ofertas en el mercado de valores en donde la duración es de 15 días.

La legislación de competencia mexicana no contempla un período de espera durante el cual se prohibía a los agentes económicos cerrar la operación notificada. Sin embargo, en muchas ocasiones, cuando la *Comisión* estima que existen probabilidades suficientes de que la operación notificada implique un análisis complejo, instruye mediante un oficio a las partes para que:

- No cierren la operación notificada.
- No intercambien prestaciones o información fuera de la necesaria en el caso.

- No se tome posesión de la administración de la empresa objeto de la transacción.

Al no contar con una facultad expresa que así lo permita, esta instrucción se emite con una finalidad exclusivamente preventiva. En otras palabras, no obliga a las partes.

En conclusión, los agentes económicos pueden legalmente, bajo su propio riesgo, cerrar la o las operaciones que hayan notificado, aún antes de que la *Comisión* emita su resolución al respecto.

La cuestión es conocer con toda certeza en qué momento deben los agentes económicos notificar un acto de concentración sin contravenir el precepto contenido en este artículo. Muchas veces el momento idóneo para notificar una concentración depende del tipo de acto jurídico de que se trate.

4.4.3.1 Notificación Previa de Actos que Impliquen Contratos Reales

En los supuestos de actos jurídicos que revisten la forma de un contrato real -- aquéllos que se perfeccionan desde el momento de la entrega material de la cosa-- es necesario que la prenotificación se realice antes de dicha entrega,

pues para el perfeccionamiento de este tipo de contratos se exige un principio de ejecución, que generalmente consiste en la entrega de la cosa.⁹²

4.4.3.2 Notificación Previa de Actos Sucesivos

Cuando son dos o más los actos que dan origen a un acto de concentración, estamos en presencia de actos sucesivos. Las prestaciones entre las partes se ejecutan momento a momento durante el tiempo de vigencia del contrato o convenio que formaliza el acto de concentración.

La obligación de notificar una concentración cuando implique dos o más actos sucesivos surge antes de que se realice el primer acto tendiente a la concentración, o antes de que los actos rebasen conjunta o separadamente los montos y porcentajes a los que se refieren las tres fracciones del artículo 20 de la *LFCE*. De esta manera, supongamos que un agente económico pretende adquirir el control de una sociedad mediante la compraventa en parcialidades del 100% de sus acciones con derecho a voto. La operación por la compra de tales acciones durará un año e incluye cuatro distintas etapas: en la primera, se comprará el 20% de las acciones; en la segunda, un 10% adicional; y en la tercera y cuarta, un 35% en cada una. Ninguna de las cuatro operaciones por separado actualizan alguna de las fracciones del artículo 20, pero tomadas en su conjunto, al ser una sucesión de actos tendientes a un mismo fin, sí

⁹² Francisco Lozano Noriega, *op. cit.*, p. 30.

actualizan las cantidades, aunque no es sino hasta la tercera operación cuando el monto de la operación supera el equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal.

En este caso, el agente económico cumple con notificar la concertación, o bien antes de la realización de la primera compra, o bien, si ya realizó las dos primeras, antes de celebrar la tercera. Si por el contrario notifica el acto después de realizar la tercera compra, la *Comisión* tiene la obligación de multar a los agentes económicos involucrados por no haber notificado la operación cuando legalmente debió hacerse.

Tratándose de actos sucesivos siempre es recomendable notificar una concentración antes de realizar cualquiera, aun cuando el mismo no supere los montos y porcentajes que establece la ley. De esta manera, el agente económico no correrá el riesgo de tener que desconcentrar lo concentrado.⁹³

⁹³ ¿En este caso tiene la *Comisión* la facultad de ordenar una desconcentración respecto a los actos que por sí solos no superan los montos y porcentajes a los que se refiere el artículo 20 de la *LFCE*? Sí, ya que de lo contrario implicaría que la *Comisión* únicamente puede ordenar desconcentrar operaciones parcialmente, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 19 de la *LFCE*.

4.4.3.3 Notificación Previa de Fusiones

La *Ley General de Sociedades Mercantiles* regula el proceso de fusión y determina el momento en que ésta surte efectos. Manuel García Rendón, describe la forma en que normalmente se desarrolla este proceso.⁹⁴

- El proceso inicia cuando los dueños o administradores de una sociedad proponen la fusión a los dueños o administradores de otra u otras sociedades.
- Aceptada la propuesta, los administradores de las sociedades involucradas establecen las bases de la fusión mediante un convenio preliminar.⁹⁵ Es importante mencionar que este convenio de fusión queda sujeto a dos condiciones: una suspensiva, para el caso de que los accionistas de las sociedades involucradas en la fusión lo aprueben; y la otra extintiva, para el caso de que no lo aprueben.
- La asamblea extraordinaria de accionistas, legalmente convocada y reunida, en cada una de las sociedades involucradas aprueba unilateralmente el convenio (fracción VII del artículo 182 de la *Ley General de Sociedades*

⁹⁴ Manuel García Rendón, *op. cit.*, pp. 523-524.

⁹⁵ Este convenio preliminar de fusión contiene entre otros: a) La clase de fusión de que se trata; b) las características de los estatutos sociales de la nueva sociedad, si la fusión es por integración, o la determinación de la empresa fusionante y fusionada, si la fusión es por incorporación; c) el monto de la participación que los socios de la empresa fusionada tendrán en el capital social de la empresa fusionante; d) el momento en que haya de surtir efectos la fusión; y e) la forma en que deberán ser garantizados o extinguidos los pasivos de la fusionada.

Mercantiles). También se toma un acuerdo que autoriza a sus respectivos administradores para que celebren el convenio definitivo de fusión, pues los acuerdos unilaterales de cada una de las sociedades involucradas no obligan recíprocamente.

- Una vez celebrado el contrato de fusión, se protocolizan las actas de las asambleas extraordinarias de accionistas que contienen los acuerdos de fusión y se inscriben en el Registro Público de Comercio, a la vez que se publican en el *Diario Oficial de la Federación*. Asimismo, cada sociedad debe publicar su último balance y aquella que deje de existir también debe publicar el sistema establecido para la extinción de su pasivo, o el certificado en que se haga constar que quedó constituido el depósito del importe de todas las deudas.⁹⁶

La obligación de notificar una fusión antes de su realización se cumple siempre que se haga antes de que ésta surta plenos efectos entre las partes y respecto a terceros. Por regla general, surte efectos tres meses después de haberse hecho la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro Público de Comercio.⁹⁷ Sin embargo, la fusión puede surtir efectos desde el mismo momento en que se realice esa inscripción, si se pacta el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse, o se constituya el depósito

⁹⁶ Artículos 223 y segundo párrafo del 225 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

⁹⁷ Artículo 224 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

de su importe en una institución de crédito, o cuando se hace constar el consentimiento de todos los acreedores.⁹⁸

A menos de que el Reglamento de la *LFCE* establezca con claridad cuándo debe darse por realizada una fusión, las sociedades involucradas cuentan con el beneficio de notificar el acto en cualquiera de los siguientes momentos (sin el riesgo de ser multados por la *Comisión*):

- Antes de que transcurra el plazo de tres meses a partir de la inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio.
- Antes de inscribir los acuerdos de fusión, cuando se haya pactado el pago de las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse. (Artículo 225 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.)

¿Pueden las sociedades inscribir los acuerdos de fusión ante el Registro Público de Comercio si no cuentan con la autorización de la *Comisión*? No pueden, pues según lo dispone el último párrafo del artículo 20 de la *LFCE*, la inscripción de actos queda sujeta a acreditar el haber obtenido la resolución favorable de la *Comisión*, o a acreditar la *afirmativa ficta* a la que se refiere la fracción III del artículo 21 de la misma ley.

⁹⁸ Artículo 225 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

Lo hasta aquí expuesto es un criterio que la *Comisión* ha adoptado respecto a los casos de fusión que se han presentado. Sin embargo, nuestras consideraciones son diferentes con base en los siguientes argumentos: los objetivos que persigue la *LFCE* en materia de concentraciones tienen un carácter preventivo, con el fin de que los mismos sean evaluados antes de su realización. Por su parte, las disposiciones legales contempladas en la *Ley General de Sociedades Mercantiles* respecto al momento en que la fusión surte efectos jurídicos frente a terceros, tienen como fin un principio de publicidad mediante el cual se busca proteger y garantizar el pago de los adeudos y el cumplimiento de los derechos de los acreedores frente a las sociedades que se fusionarán. Como consecuencia, una fusión puede repercutir y lesionar el bien jurídico tutelado por la *LFCE*, aun cuando los acuerdos de fusión no estén debidamente inscritos en el Registro Público de Comercio.

Supongamos el caso de una fusión entre dos agentes económicos cuyas repercusiones en materia de competencia sean de graves consecuencias para el mercado de bienes o servicios en la que se realiza, pero la *Comisión* no puede cumplir cabalmente con las disposiciones que le marca la ley, por el simple hecho de que los acuerdos de fusión no han sido inscritos. Recordemos que las disposiciones que regulan las fusiones no imponen un límite de tiempo para inscribir los acuerdos, lo que daría lugar a que agentes económicos con intenciones de fusionarse pueden evadir fácilmente la ley en materia de competencia. Como consecuencia, y con el objeto de evitar esto último sería conveniente que las fusiones fueran notificadas antes de que se formalicen los

acuerdos de fusión en las asambleas de accionistas de cada una de las sociedades involucradas. Además, la fracción I del artículo 21 de la *LFCE*, establece que el escrito de notificación debe ir acompañado por el proyecto del acto jurídico, y no por el convenio definitivo y firmado por las partes.⁹⁹ Es el convenio preliminar de fusión el que constituye la materia objeto de la notificación ante la *Comisión*.

4.4.3.4 Notificación Previa de Actos Sujetos a Condición o Término Suspensivo

Los actos jurídicos quedan realizados desde el momento en que son plenamente eficaces y en consecuencia, cuando surten plenamente sus efectos. Un acto jurídico sujeto a término o condición suspensiva, no surte plenamente sus efectos en tanto no se venza el plazo o se cumpla la condición. La condición suspensiva es un acontecimiento futuro de realización incierta, mientras que el término es de realización cierta y de él depende que el acto jurídico produzca efectos.¹⁰⁰

La obligación de prenotificar los actos jurídicos en virtud de los cuales exista concentración queda debidamente cumplida siempre que se notifique antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo. En el *Código Civil*

⁹⁹ La *Comisión* no tiene facultad para sancionar con una multa a aquellas sociedades que acompañen el escrito de notificación con un convenio de fusión definitivo y firmado por las partes.

¹⁰⁰ Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 150.

para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal existe una disposición que establece que cumplida la condición se retrotraen los efectos al tiempo que la obligación fue formada.¹⁰¹ De esta manera, los efectos de la concentración necesariamente se entienden surtidos, incluso antes de haberse notificado el acto.

Esta retroacción de la condición no es necesaria ni forzosa; puede no existir si las partes designan otra fecha a partir de la cual el acto empieza a surtir sus efectos. En muchos casos, la condición suspensiva puede consistir en la resolución afirmativa que la *Comisión* emita al respecto. Esto último es lo más conveniente.

Es común que al redactar este tipo de cláusulas las partes que notifican una concentración confundan el término o condición resolutoria: Las obligaciones de las partes al presente contrato estarán sujetas a la obtención de una resolución favorable por parte de la *Comisión*, en caso de que las operaciones aquí contempladas deban ser notificadas a dicha autoridad en los términos de la ley de la materia.

De acuerdo al artículo 1,940 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, el contenido de la cláusula antes aludida constituye una condición resolutoria, pues el acto jurídico (en este

¹⁰¹ Artículo 1,941 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.

caso, supongamos que un contrato de compraventa) y las obligaciones que de él se derivan (pagar el precio y entregar la cosa) nacen y surten sus efectos como si fueran puros y simples, pero su vida misma depende de un acontecimiento futuro e incierto (en este caso, la obtención de la resolución favorable que para tal efecto emita la *Comisión*). En otras palabras, se trata de un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la extinción del acto jurídico, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiera existido.

Al obtener una resolución favorable, la concentración que tuvo verificativo en el momento de la firma de los contratos de compraventa, se perfecciona jurídicamente al cumplirse la condición resolutoria.

4.4.3.5 Notificación Previa de Actos Preparatorios o de Promesa

La promesa es el contrato preparatorio por el que una o las dos partes se obligan a celebrar, dentro de un cierto plazo, un contrato futuro cuyos elementos esenciales se determinan al efecto.¹⁰² Como consecuencia de este tipo de contratos se generan obligaciones de hacer a cargo de una o ambas partes, según se trate de una promesa unilateral o bilateral consistente en celebrar un contrato futuro. Por lo tanto, al no haber ningún tipo de contraprestación, la obligación de notificar el acto se cumple debidamente antes

¹⁰² Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1988, p. 137.

de celebrar el contrato definitivo, o antes de que el juez decida firmar esos contratos definitivos en rebeldía.¹⁰³

4.5 PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 21 DE LA LFCE

El artículo 21 de la *LFCE* establece el procedimiento de prenotificación. Por su trascendencia nos permitimos transcribirlo íntegramente, con el objeto de analizar con mayor detenimiento cada una de sus fracciones:

“Para efectos el artículo anterior (concentraciones que deben notificarse), se estará a lo siguiente:

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

*II. La Comisión podrá solicitar **datos o documentos adicionales** dentro de los veinte días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar*

¹⁰³ El artículo 2,247 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* establece que si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firma el juez.

dentro de un plazo de quince días naturales, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados;

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

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

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

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

Con el objeto de facilitar el estudio y resolución de los casos presentados, la Comisión elaboró un instructivo para la notificación previa de concentraciones. Este instrumento consta de ocho secciones y contiene la información jurídica y

económica básica que debe proporcionarse a la *Comisión* para que esté en posibilidades de hacer un análisis completo de la transacción notificada.

Sección I. Datos generales

En esta sección se especifican los datos generales de los agentes económicos participantes en el acto de concentración. Primero se indican los nombres, razón social o denominación, domicilio y nacionalidad de los agentes económicos participantes, así como el de sus subsidiarias. Posteriormente se menciona el nombre del representante legal y se acompaña el testimonio o copia certificada de la escritura pública o acto jurídico que acredite tal personalidad. Por último, se indica el domicilio para oír y recibir notificaciones y el nombre de las personas autorizadas para los mismos efectos.

Sección II. Descripción de la transacción

Esta sección tiene por objeto que se conozca la naturaleza del acto de concentración, es decir, si consiste en una fusión, adquisición de control o cualquier otro acto en virtud el cual se concentren sociedades, acciones, asociaciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general de las sociedades participantes. Se señala la posible fecha de cierre de la operación propuesta en caso de ser aprobada. Se presenta el proyecto del acto o actos jurídicos correspondientes a la concentración propuesta y cualquier otro documento relacionado que ayude a entenderla. Por último, se describen los objetivos por los cuales se desea llevar a cabo la concentración. Éstos sirven

para que la *Comisión* perciba la importancia de la concentración propuesta y de antemano conozca las probables repercusiones que tendría en el ámbito económico en caso de ser aprobada.

Sección III. Personas participantes en la transacción

En primer lugar, se proporciona testimonio o copia certificada de las escrituras constitutivas de cada una de las sociedades participantes y, en su caso, las últimas reformas a los estatutos sociales, con el fin de comprobar la legal existencia de los agentes económicos que notifican el acto de concentración. Con el objeto de detectar la participación indirecta de posibles agentes económicos, las partes que notifican el acto comunican a la *Comisión* si alguna participa en la administración, o actividad de cualquier otra índole, de empresas que produzcan o comercialicen productos o servicios iguales o similares. También se indica si alguno de los agentes económicos mencionados forma parte de un grupo de compañías (conglomerado, consorcio, controladora o cualquier otra forma de agrupación) o de sus órganos de administración o dirección.

En esta sección también se describe el objeto social de las sociedades participantes y se presenta una relación de los nombres de sus socios o accionistas. Para ello, se pide una certificación del secretario del Consejo de Administración, del administrador único o de la persona legalmente facultada para ello, con respecto a la actual estructura accionaria o a las partes sociales.

Para conocer el cambio en la estructura del capital social se pide describir la estructura del mismo antes de la concentración y una vez realizada la misma.

También se incluyen los estados financieros del último ejercicio para cada una de las sociedades. Esto tiene el propósito de conocer las ventas y los activos totales de las sociedades, generalmente para confirmar que efectivamente se actualice cualquiera de las fracciones del artículo 20 de la ley.

Con la intención de recabar información adicional del sector o industria a la que pertenezca la concentración notificada, la *Comisión* solicita a las partes proporcionar el nombre de las asociaciones o cámaras agropecuarias, comerciales, industriales o de servicios, a las cuales pertenecen.

Sección IV. Información económica

Esta sección es la más extensa y se divide en los siguientes subíndices:

- Definición de productos o servicios

Aquí se describen los principales productos o servicios que produce u ofrece cada sociedad precisando su uso en el mercado (producto final, de consumo intermedio, producto duradero, u otros) y clasificándolos de acuerdo con la tarifa del Impuesto General de Importación o el Catálogo Mexicano de Actividades Productivas, INEGI. También se encuentran productos y servicios similares (que satisfagan las mismas necesidades del consumidor o del usuario del bien, que sean intercambiables o sustituibles en su uso) con los cuales compiten los

productos o servicios definidos anteriormente. De igual manera, se enumeran los productos o servicios --si es que los hay-- que deben ser adquiridos conjuntamente con los que producen u ofrecen los agentes económicos participantes, para que uno o ambos sean de utilidad al consumidor final o al usuario.

- Descripción del proceso productivo

Por lo que se refiere al proceso productivo, se indica la localización de todas las plantas o establecimientos de cada una de las sociedades. También se describe el estado de la planta y el equipo, comparándola con otras tecnologías utilizadas en el sector tanto en México como en el extranjero. Después se indica si existen planes de futuras inversiones para ampliar la capacidad de las sociedades o de una nueva sociedad creada a partir de la concentración.

Se enumeran los principales insumos utilizados en el proceso productivo. Se indica para cuál de ellos se complica su obtención por obstáculos técnicos, costos elevados, si existen uno o pocos proveedores u otras razones, y se explica por qué son poco disponibles dichos insumos. También se indica si alguno de los insumos es importado y de serlo, se menciona el régimen de importación y su arancel. Paralelamente se indica la localización de fuentes de abasto de los insumos y los costos de transporte unitarios desde cada una de esas fuentes de abasto a la planta. Se mencionan los principales proveedores de los insumos y la relación que guardan con cada una de las sociedades.

Asimismo se enumeran los proveedores nacionales y extranjeros de los principales componentes de la maquinaria o equipo del activo fijo, indicando el monto de inversión y el tiempo requerido para iniciar operaciones en los principales productos elaborados por las sociedades. Se describe la capacidad productiva y su grado de utilización, y se da una estimación de la capacidad productiva de la industria o del sector y de su utilización.

- Distribución de los productos y servicios

Aquí se deben indicar los medios de transporte utilizados para distribuir cada uno de los productos y servicios. En caso de existir medios especiales requeridos para el manejo o transporte de cada uno de éstos en el mercado nacional o en el de exportación, debe explicitarse tal situación. Se menciona si los medios de transporte son proporcionados por las sociedades participantes o por las relacionadas con estas últimas, y si la distribución de cada uno de los productos y servicios se hace directamente por la empresa o a través de distribuidores nacionales o extranjeros. Enumera los principales distribuidores, explicando la relación que cada uno de ellos tiene con la empresa que produce cada producto. Si la prestación del servicio implica el uso de redes de distribución, se indican los términos de interconexión con las redes de otras sociedades del sector de cada uno de los servicios.

Las partes enumeran los principales puntos de distribución nacionales o extranjeros. Para cada uno de los productos o servicios, proporcionan también

una estimación de los costos de transporte unitario y tiempo promedio de entrega de cada una de las plantas a los diferentes puntos de distribución.

Se enumera el volumen de ventas en las principales zonas geográficas para cada uno de los productos; se da una relación de los principales costos incurridos en el proceso de venta de los mismos (costos de publicidad, agentes de ventas, promociones, etcétera); se mencionan y explican, si los hay, todos los estudios y proyectos de expansión de ventas que se hayan hecho para los productos y los servicios proporcionados al comprador antes y después de la venta.

En cuanto a los precios de venta de cada uno de los productos, se proporciona una relación del precio al mayoreo y al menudeo en cada una de las zonas; se explica la política interna en la fijación de precios de los productos (descuentos, precios diferenciados por zona o por cliente u otros); se muestra una relación de los controles a que está sujeto cada uno de los precios (precios controlados, precios oficiales u otros); y se describen las condiciones de venta y las formas de pago de cada uno de los productos.

Igualmente, se enumeran los productos que se exportan, describiendo, para cada uno de ellos, los obstáculos existentes (impuestos a la exportación, requerimientos técnicos, fitosanitarios, cuotas u otros), el porcentaje que representan de la producción de cada sociedad participante, y los países a los que llegan estos productos o servicios.

También se proporciona una relación de los impuestos a la importación, licencias de importación, requerimientos técnicos, fitosanitarios, cuotas u otras restricciones, y el país de procedencia de cada uno de los productos sustitutos de importación.

Por último, se indica cuál ha sido el gasto destinado a la investigación y desarrollo de nuevos productos o servicios en los últimos tres años para cada una de las sociedades participantes.

Sección V. Relación de competidores

En primer lugar, se debe proporcionar una lista de todas las sociedades productoras de los productos descritos en la Sección IV, distinguiendo en cada caso los productores nacionales y extranjeros; una relación de la participación de cada una de estas sociedades en el total de ventas nacionales, y enumerar aquellas sociedades clasificables dentro de esta sección que hayan entrado o salido del mercado en los últimos tres años.

Sección VI. Clientes

Para cada una de las sociedades participantes en la transacción, se debe dar una lista de los principales clientes, teléfono, dirección y una persona con quien se pueda tener contacto. Se detalla en cada caso el valor y el volumen de compras de cada cliente.

Sección VII. Nuevos participantes

Básicamente, en esta sección se indican las licencias, regulaciones, permisos (ecológicos, de uso de suelo o de otra índole) u otras autorizaciones de dependencias gubernamentales que afectan a los productos y servicios. Se deben describir las regulaciones a la inversión extranjera que afectan la participación de competidores foráneos en las diversas actividades realizadas por las sociedades. Se indican los derechos de propiedad intelectual, de propiedad industrial (patentes, marcas) u otros existentes en el sector o industria de que se trate, distinguiendo cuáles pertenecen a las sociedades involucradas en la transacción, y cuáles a empresas no relacionadas. Se indica qué marcas ya están establecidas en la industria o en el sector, y se señala cuáles, a su juicio, cuentan con prestigio comercial, distinguiendo las que pertenecen a las sociedades involucradas en la transacción de aquellas pertenecientes a empresas no relacionadas. Por último, se indican otros obstáculos que puedan afectar la entrada de nuevas empresas o entidades en la industria o en el sector.

Sección VIII. Estudios previos

En esta sección se entrega copia de todos los estudios de análisis y evaluación, o de otro tipo, sobre la transacción que se está notificando, que hayan sido realizados por los agentes económicos, personas relacionadas con ellas y terceros (por ejemplo, empresas consultoras). En caso de que no existan dichos estudios o evaluaciones, se menciona tal situación.

Si a transacción involucra exclusivamente a sociedades que son controlados totalmente por una misma empresa en un acto o actos tendientes a su reorganización o reestructuración, no es necesario satisfacer las secciones IV a VIII del instructivo. Las reorganizaciones o reestructuraciones administrativas tienen un objetivo principalmente de carácter administrativo, contable, legal o financiero, por lo que no representan una problemática desde la perspectiva económica y, por ello, no es necesario realizar el análisis económico de la transacción.

Información de tipo económico más detallada, se requiere sólo en los casos que ameritan un análisis más complejo, por lo que muchas veces el instructivo se ajusta de modo particular a cada estudio. No todos los casos de concentración implican tanta información, por lo que las partes involucradas llenan únicamente las secciones o subíndices que les sean aplicables.

En caso de que no esté completa la información requerida por la fracción primera del artículo 21 o por el instructivo antes mencionado, la *Comisión* a través del Secretario Ejecutivo, previo acuerdo con el Presidente de la misma,

puede desechar la notificación por considerarla notoriamente improcedente, sin necesidad de prevención.¹⁰⁴

La *Comisión*, conforme a la segunda fracción del artículo 21 de la ley, tiene la facultad de solicitar datos y documentos adicionales a los descritos en la primera fracción y en el instructivo, únicamente dentro de los 20 días naturales posteriores a la recepción del escrito de notificación en la Oficialía de Partes. En uso de sus atribuciones, la *Comisión* puede requerir datos y documentos, incluso a aquellos agentes económicos que participan indirectamente en el acto notificado. Supongamos, por ejemplo, que una sociedad por ser parte en el acto jurídico que da origen a una concentración, sea la que notifique el acto; además, supongamos que la misma es una empresa controlada por otra con personalidad jurídica distinta e independiente. En este caso, es claro que la *Comisión* tiene la facultad de requerir datos y documentos adicionales respecto a ella, pero, adicionalmente, está en posibilidad de requerir datos y documentos a la sociedad controladora por participar, aunque sea de forma indirecta, en la concentración, pues muchas de las veces ésta también concentra.

¹⁰⁴ En el caso de concentraciones no es común que se decida desechar el escrito de notificación por considerarlo improcedente con fundamento en los artículos 24 fracción III y 25 fracción XI del *Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia*. Generalmente, en los casos en que la información no se presente de forma completa se les requiere la misma de acuerdo con la fracción II del artículo 21 de la *LFCE*.

El requerimiento de datos y documentos adicionales por parte de la *Comisión* interrumpe el término que tiene la misma para resolver los casos que se le presentan. La fracción III del artículo 21, *in fine*, establece que el periodo de 45 días para resolver los casos de concentración se cuenta a partir del recibimiento en la Oficialía de Partes de la documentación adicional solicitada, y no a partir de la recepción del escrito de notificación. El requerimiento se hace por medio de un oficio expedido por la Dirección General de Concentraciones de la *Comisión* y firmado por el Director General de esa área, previo acuerdo con el secretario Ejecutivo, en términos de la fracción VI del artículo 30 del *Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia*.

Transcurrido el plazo de 20 días naturales contados a partir de la fecha de notificación del acto de concentración, la *Comisión* carece de facultades para requerir datos y documentos adicionales. Evidentemente, este plazo de 20 días brinda seguridad jurídica a los agentes económicos involucrados; sin embargo, si de los datos y/o los documentos presentados por las partes se desprende nueva información y ya venció este plazo, la *Comisión* no contaría con los elementos suficientes para realizar el análisis completo ya que no puede solicitar nuevamente datos y documentos adicionales. En todo caso, la *Comisión* se ve en la necesidad de acudir a la facultad que la ley le confiere en la fracción I del artículo 24 de la *LFCE* para obligar a las partes a proporcionar la información necesaria que le permita proceder con el análisis del caso. Asimismo, también con fundamento en este artículo, la *Comisión* está en posibilidades de requerir información a cualquier agente económico que juzgue

conveniente, es decir, puede solicitar información incluso a agentes económicos que nada tienen que ver con la transacción notificada. En este último caso, no existen motivos para interrumpir el plazo de los 45 días naturales que tiene la *Comisión* para resolver.

El interesado cuenta con un plazo de 15 días naturales para entregar los datos y/o documentos que le fueron requeridos. El plazo empieza a correr a partir del día siguiente en que le fue notificado el oficio de requerimiento. Ahora bien, este tiempo puede ampliarse en casos excepcionalmente complejos, siempre que se solicite esta ampliación dentro de los mismos 15 días otorgados para entregar la información requerida. En la generalidad de los casos, el Presidente de la *Comisión*, bajo su responsabilidad, autoriza mediante un oficio esta ampliación del plazo.

La *Comisión* debe resolver los casos de concentraciones en un plazo máximo de 45 días naturales contados a partir de la recepción de la notificación o de la documentación adicional solicitada. El Presidente de la *Comisión* tiene la facultad, bajo su responsabilidad, de ampliar el plazo hasta por 60 días naturales adicionales, contados a partir del último día en que vence el primer plazo de 45, cuando considere que el caso reviste una situación compleja.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Según el *Informe Anual de la Comisión 1993 - 1994*, el tiempo promedio para resolver los casos de concentración fue de 27 días. (*Informe Anual de la Comisión Federal de Competencia 1993 - 1994*, México, p. 17.)

Si la *Comisión* no resuelve o no notifica a las partes su resolución dentro de los 45 días correspondientes, se entiende que no tiene objeción alguna respecto a la concentración notificada, operando en este caso la *afirmativa ficta*.

Como toda autoridad, la *Comisión* debe resolver conforme a Derecho, es decir, debe fundar y motivar sus resoluciones, especialmente en aquellos casos en los cuales objeta o condiciona una concentración. De lo contrario, las partes afectadas por la resolución pueden oponerse a la misma mediante los recursos legales que crean más convenientes. La fracción V del artículo 21 de la *LFCE* así lo estipula, aunque en realidad esto es una exigencia constitucional para toda autoridad.

Las resoluciones favorables en los casos de concentración en ningún caso prejuzgan sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por la ley. Ello significa que una resolución favorable no releva de otras responsabilidades en materia de competencia y libre concurrencia, a los agentes económicos involucrados.

Es importante destacar que para efectos del procedimiento antes descrito, la *LFCE* no contempla la posibilidad de que terceros competidores afectados por el acto de concentración, acudan al procedimiento y manifiesten lo que a su derecho convenga. Esto es así en los casos de concentración previamente notificados a la *Comisión*, pero en los que ésta no fue notificada, pueden denunciar este acto ante la *Comisión*, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 32 de la *LFCE*.

El procedimiento seguido ante la *Comisión* por agentes económicos que notifican un acto de concentración, conforme a los artículos 16, 20 y 21 de la *LFCE* se desarrolla de la siguiente manera:

4.6 ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES NOTIFICADAS

Las concentraciones no constituyen, en sí mismas, una práctica ilegal. La ley únicamente impugna y sanciona aquéllas cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia. En otras palabras, el acto por el cual se notifica una concentración antes de realizarse, no significa necesariamente que el acto de concentración sea anticompetitivo. La *Comisión* hace una evaluación completa de la transacción pretendida, con el objeto de analizar todos sus elementos económicos y jurídicos para ver si ésta puede o podría afectar el proceso competitivo en el mercado.

Solamente mediante este análisis se puede concluir que una concentración propuesta tiene por objeto o efecto dañar el proceso de competencia. Una vez que la *Comisión* tiene todos los datos y elementos necesarios, procede a hacer un dictamen de la concentración propuesta. Para ello, deben tomarse en cuenta todos y cada uno de los elementos de análisis que la misma ley dispone. En muchos casos el análisis es simple, pero en otros, y dependiendo de la magnitud de la concentración propuesta, la situación es más compleja.

El análisis comienza identificando los agentes económicos involucrados directa o indirectamente en la transacción. Se verifica, primero, la procedencia legal de

la notificación, es decir, se analiza si la transacción notificada constituye una concentración en términos del artículo 16 y, posteriormente, se ve si la misma actualiza algún supuesto del artículo 20 de la ley. Si la *Comisión* determina, o bien que la transacción no constituye en sí misma una concentración, o que no actualiza cualquiera de los supuestos del artículo 20, emite una resolución en la cual da a conocer esta circunstancia a los agentes económicos que notificaron el acto.

Una vez hecho lo anterior, se procede a realizar el análisis de la transacción utilizando los elementos que señala el artículo 17 de la ley en relación con los artículos 12 y 13, mismos que se utilizan para prácticas monopólicas relativas.

La ley no es muy precisa en establecer si para poder objetar e impugnar las concentraciones que se considere afectan la competencia y libre concurrencia, el análisis de la transacción notificada debe ser exhaustivo. Esto es, si para concluir que la concentración notificada preocupa o no deben tomarse en cuenta todos y cada uno de los elementos del artículo 17 y, por ende, los del 12 y 13 relacionados con este último.

Ello es muy evidente en los casos como los de reestructuración administrativa, donde no es necesario pasar por todos los elementos del análisis para concluir que la misma no afecta la competencia, pues que en realidad no hay cambio en el control.

Las concentraciones no deben ser juzgadas ni por el tamaño de los agentes económicos que participan en ellas, ni por el monto de sus activos o ventas, pues los agentes económicos con tales características no necesariamente constituyen monopolios.

Por lo general, la concentración busca obtener ganancias en eficiencia dentro del proceso productivo mediante la disminución de costos a través de economías a escala; en otras palabras, se pretende obtener beneficios para cada una de las partes involucradas, ya que de lo contrario no tendría objeto realizar un acto de tal naturaleza. Estos efectos positivos no determinan si la concentración es benéfica o perjudicial para el proceso de competencia, por lo que no se les da mucha importancia. Lo que se evalúa son los elementos promonopólicos.

4.6.1 Elementos para Determinar si la Concentración debe ser Impugnada, Sancionada o Condicionada

Es necesario conocer el procedimiento que ordena sistemáticamente la forma en que se analiza una concentración. Para ello la autoridad define el mercado relevante sobre el que la operación propuesta tendrá efectos. Definido el mercado relevante, se identifican los agentes económicos que abastecen dicho mercado. Hecho lo anterior tiene lugar la aplicación de los índices de concentración, con el fin de determinar si la concentración en el mercado es significativa. De resultar significativo el grado de concentración se analiza el poder sustancial que los agentes económicos pueden adquirir en el mercado de

que se trate. Si se presentan elementos que permitan apreciar un poder sustancial, en último lugar la *Comisión* analiza las posibles ganancias en eficiencia derivadas de la concentración en comparación con los costos que conlleva.¹⁰⁶

4.6.1.1 Definición de Mercado y Agentes Económicos que Abastecen ese Mercado

El primer paso del análisis que efectúa la *Comisión* es definir el mercado relevante posiblemente afectado por el acto de concentración. El mercado relevante es el elemento sobre el cual se mide el impacto del acto de concentración. Su definición involucra los productos o servicios propios de la actividad de las empresas que realizarán el acto de concentración. El mercado relevante se define al considerar los productos o servicios que son sustituibles entre sí en términos de su uso, características, localización geográfica, precio y oportunidad para acceder a ellos.

Al definir el mercado relevante se incorporan los sustitutos más cercanos del bien o servicio en cuestión, a una zona geográfica determinada que puede ser regional, estatal o nacional. El mercado presenta tres dimensiones: la primera se refiere a las características propias del producto o servicio en cuestión; la

¹⁰⁶ Esta última etapa del análisis recibe por parte de los economistas el nombre de *análisis costo-beneficio*. Legalmente no existe fundamento que faculte a la *Comisión* resolver los casos de acuerdo a este criterio. Sin embargo, el *Informe Anual de la Comisión Federal de Competencia 1993 - 1994* en la página 28 así lo establece.

segunda, a su extensión geográfica; y, por último, la tercera, al tiempo en el que el producto o servicio puede ser abastecido desde otras regiones. La definición de mercado relevante debe comprender como máximo el territorio nacional, tomando en cuenta la magnitud de las importaciones existentes.

Una vez definido el mercado relevante afectado por la concentración, el siguiente paso es detectar todos aquellos agentes económicos que abastecen dicho mercado, con el fin de conocer los competidores, clientes o abastecedores de los agentes que se concentrarán.

El artículo 18 de la *LFCE* establece que para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada, la *Comisión* debe considerar, en primer lugar, el mercado relevante en los términos prescritos por el artículo 12. Los elementos para definir el mercado relevante son:

a) *Elemento para determinar la sustituibilidad del producto o servicio en cuestión*

Para ello se evalúan las posibilidades de sustituir el bien o servicio prestado por los agentes económicos, por otros de origen nacional o extranjero. Asimismo, se consideran las posibilidades tecnológicas y la posibilidad de que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido por tal situación.

b) *Elemento que permite determinar el grado de sustituibilidad del producto o servicio en cuestión*

Aquí se consideran los costos de distribución del bien, así como los de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sus sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones.

c) Elemento que permite determinar el grado de sustituibilidad tanto en la dimensión geográfica como en la temporal

Se pretende con este elemento medir los costos y probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados alternativos.

d) Elemento restrictivo

En este elemento se incluye la presencia de restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos. Algunas restricciones limitan la entrada de potenciales competidores en el mercado donde se lleve a cabo la concentración.

4.6.1.2 Grados de Concentración

El siguiente paso es medir el grado de concentración de los agentes económicos que abastecen el mercado relevante y participan en el acto de concentración. Los sistemas que utilizan los economistas para medir el grado de concentración son los llamados índices de concentración, y existen tres

importantes: el Índice *Herfindahl-Hirschman* (IHH), el Índice *Coefficient Ratio* (también conocido como CR) y el Índice Pseudodominancia, atribuible a Pascual García Alba.

En México, a diferencia de otras legislaciones, los índices de concentración no constituyen el único ni el más importante elemento de análisis en los casos de concentraciones. Las peculiares características de la economía mexicana hacen que los índices de concentración den una visión sesgada del grado de concentración en relación con el mercado. Los índices únicamente consideran la producción de bienes o la prestación de servicios en el ámbito nacional, sin tomar en cuenta los provenientes del extranjero, por lo que en un país como éste donde la oferta de las importaciones es muy elevada, los resultados que arrojan los índices no son muy confiables.

¿Cuántas empresas que elaboren el mismo producto o presten el mismo servicio deben existir para asegurar un nivel óptimo de competencia? Resulta lógico pensar que mientras menos sean las empresas, es más fácil para éstas realizar conductas colusivas fijando precios a la alza. El problema reside en determinar el momento en que una concentración en determinado sector de la economía, puede resultar perjudicial para el proceso competitivo.

Algunos investigadores del *antitrust* afirman que siempre que en el mercado existan cuatro o cinco competidores fuertes, una concentración que dé como

resultado el control de más del 20% del mercado, es generalmente aceptable.¹⁰⁷ Otros, pertenecientes a la Escuela de Economía de Chicago, sugieren que deben ser aceptadas las concentraciones que tengan como resultado el control de más del 40%, o aún el 59% del mercado, mientras permanezcan en el mercado dos o tres competidores fuertes.¹⁰⁸

Los lineamientos del Departamento de Justicia en los Estados Unidos de Norteamérica caracterizan los niveles específicos de concentración de la industria como *no concentrada*, *concentrada moderada* o *altamente concentrada*. Estos lineamientos emplean el Índice *Herfindahl - Hirshman* (IHH) para medir las concentraciones en el mercado.

El IHH se calcula de la siguiente manera: primero, el número de puntos IHH en los que participa cada parte en el mercado se calcula ajustando su participación en el mismo. Por ejemplo: una empresa con una participación en el mercado de 20% contribuye 400 puntos IHH a ese mercado, mientras que una empresa con una participación del 30% contribuye con 900 puntos. Lo anterior otorga un gran peso a la participación en el mercado de las grandes empresas. El segundo paso en el cálculo consiste en sumar los puntos IHH de todos los participantes en el mercado. Por ejemplo: un mercado en el que una de diez empresas posee 10% de participación en el mismo tiene un IHH de 1000 (cada una con 100

¹⁰⁷ Robert Pitofski, citado por: Richard S. Bibler, *The Arthur Young Management Guide to Mergers and Acquisitions*, U.S.A., 1986, p. 127.

¹⁰⁸ *Loc. cit.*

puntos), mientras que si en un mercado una de cinco empresas tiene 20% de participación tiene un IHH de 2000 (cada una con 200 puntos).

En términos de los lineamientos del Departamento de Justicia, cuando el mercado *no está concentrado* tiene un IHH menor de 1000, y no se considera conveniente objetar la concentración, salvo que se presenten circunstancias extraordinarias. Cuando el mercado está *concentrado moderadamente* tiene un IHH de entre 1000 y 1800, y entonces sí se considera probable objetar las concentraciones que produzcan un incremento en el IHH de más de 100 puntos, a menos que otros factores indiquen que la concentración no es anticompetitiva. Finalmente, un mercado que está *altamente concentrado* tiene un IHH por encima de 1800 puntos. En este caso, se pueden objetar las concentraciones que incrementen el IHH en más de 50 puntos.

Cuando el caso no presente una concentración considerable o preocupante de acuerdo con los índices utilizados, es innecesario continuar con el resto del análisis. Por el contrario, si al aplicar los índices de concentración se encuentran cifras elevadas, entonces se procede a determinar el poder sustancial en el mercado relevante.

4.6.1.3 Análisis de Poder Sustancial en el Mercado Relevante

La existencia de un mercado de alta concentración no implica necesariamente la presencia de poder sustancial en el mercado relevante. Por ello, si el análisis

demuestra que la concentración es considerable, se procede a determinar la existencia de poder de mercado sustancial.

En esta cuarta etapa del análisis, en primer lugar se toma una definición de mercado más detallada, incluyendo consideraciones referentes al número y tipos de sustitutos del bien o servicio, disponibilidad de los sustitutos, existencia de información asimétrica o imperfecta entre productores y consumidores, tipo de productos o servicios analizados (productos perecederos, durables, de consumo, de capital, etcétera, servicios de una sola ocasión, repetibles, de servicio, comprometidos por contrato, etcétera), costos de transacción, entre otros.

Para determinar la existencia de poder de mercado significativo se llevan a cabo análisis estáticos y dinámicos en relación con las importaciones (presencia actual o potencial, costos de transporte para ingresarlas al territorio nacional, aranceles, cuotas, precios internacionales, etcétera); las barreras a la entrada (costos de inversiones nuevas, períodos de maduración, barreras técnicas, limitaciones legales de entrada al mercado, existencia de competidores potenciales, etcétera); los costos de transacción para los consumidores (para abastecerse de otros mercados, costos de generación de información adicional, etcétera) y, por último, las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

El artículo 13 de la *LFCE* establece cada uno de los criterios que se consideran para determinar el poder de mercado sustancial de los agentes económicos en el mercado relevante:

- Participación de los agentes económicos en el mercado en cuestión.
- Posibilidad de que los agentes económicos puedan fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante.
- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.
- Existencia y poder de competidores.
- Las posibilidades de acceso de los agentes económicos y sus competidores a fuentes de insumos.
- El comportamiento reciente de los agentes económicos.

Si la concentración no se tradujese en poder de mercado significativo por efecto de alguno de los elementos mencionados anteriormente, lo más probable es que se apruebe la operación. Si el poder de mercado resultase significativo, se procede a realizar un último análisis.

4.6.1.4 Otros Criterios e Instrumentos Analíticos (fracción III del artículo 18)

En esta etapa del análisis se consideran los efectos que pueden derivarse del abuso del poder de mercado. Uno de éstos --y quizá el de mayor repercusión--

es el que se da sobre la eficiencia y el bienestar. En este caso, deben considerarse no solamente los efectos del poder de mercado consecuencia de la concentración, sino también efectos sobre la eficiencia en el proceso productivo como economías a escala, economías de alcance, efectos dinámicos sobre los costos de producción, ganancias y pérdidas del bienestar de productores y consumidores, así como cualquier otra consideración que tenga relevancia en el caso y en la decisión. Si al concluir la evaluación se verificara la posibilidad de que la concentración pueda tener efectos perjudiciales, se debe objetar o condicionar.

Al final de cuentas no se trata sino de un análisis costo-beneficio para determinar si los costos de la concentración en el mercado de que se trate son más grandes que los beneficios obtenidos como resultado de la concentración en cuestión.

4.6.2 Indicios para Determinar si la Concentración debe ser Impugnada, Sancionada o Condicionada

La *Comisión* está plenamente facultada para impugnar y sancionar aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia. Para ello el artículo 17 de la ley enumera los indicios que pueden dar lugar a esta situación:

*“En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como **indicios** de los supuestos a que se refiere el*

artículo anterior (concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados), que el acto o tentativa:

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

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

*III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el **ejercicio de prácticas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley (prácticas monopólicas absolutas o relativas).**"*

Ninguno de estos indicios es por sí mismo suficiente o necesario para determinar que la concentración tenga por efecto dañar el proceso de competencia y libre concurrencia. La autoridad debe ponderar cada uno y decir conforme a las características particulares del caso.

En realidad, los indicios sirven como presunciones *juris tantum* que auxilian a la Comisión para resolver si determinada concentración es de naturaleza anticompetitiva o no.¹⁰⁹

4.6.3 Concentraciones no Preocupantes

No toda concentración tiene por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado. En algunos casos basta un análisis muy sencillo para determinar que no tienen repercusiones dañinas al bien jurídico tutelado por la LFCE. Los casos que resultan más obvios son los que a continuación se describen:

a) Reestructuraciones administrativas

Si la transacción involucra exclusivamente de forma directa o indirecta a sociedades que son controladas totalmente por una misma sociedad en un acto o actos tendientes a su reorganización o reestructuración administrativa, aun cuando la misma actualice alguna de las fracciones del artículo 20, se entiende que no se da alguno de los indicios a los que se refiere el artículo 17 de la LFCE. En estos casos, el análisis se reduce a verificar que la estructura accionaria del capital social de cada una de las sociedades esté integrada por los mismos accionistas que conforman el grupo de empresas.

¹⁰⁹ Rogelio López Velarde Estrada, *op. cit.*, p. 300.

El objetivo que se persigue en estos casos es, principalmente, de carácter administrativo, contable, legal o financiero, sin implicar cambio alguno en el control de las sociedades involucradas.

b) Concentraciones entre agentes económicos que no producen ni comercializan un producto o servicio idéntico, similar o complementario

Las concentraciones que involucran a agentes económicos que no participan en un mismo mercado, ni en mercados que impliquen productos que puedan ser integrados en una cadena productiva, ni elaboran productos sustitutos o complementarios, no tienen ninguna posibilidad de tener un efecto anticompetitivo, pues no hay propiamente una concentración económica en el mercado. Esto se da siempre y cuando el agente económico que concentra no tenga la intención de realizar actividades que impliquen una concentración.

En este caso, el análisis se reduce a verificar que no exista una concentración de productos o servicios idénticos, similares o sustancialmente relacionados.

c) Constitución de nuevas sociedades

Muchos casos de constitución de nuevas sociedades no representan un problema para el proceso de competencia y libre concurrencia; por el contrario, es motivo de nuevos competidores en el mercado. Esto sucede, por ejemplo, cuando la constitución de una sociedad implica iniciar una actividad económica, sin que exista transferencia de activos (excepto el dinero que se paga por las

acciones) o de capital social de una o varias sociedades, y sin que los accionistas sean competidores, proveedores o clientes entre sí.

d) *Concentraciones con efectos estructurales sobre la competencia de naturaleza vertical*

Los efectos en el mercado de una concentración vertical son distintos a los de una horizontal, por lo que el análisis también es del todo diferente. La legislación en materia de competencia en los Estados Unidos de Norteamérica propone como monopólica la situación en la cual una fusión vertical podría reducir el número de clientes o proveedores disponibles.¹¹⁰

En este caso resulta muy ilustrativo el ejemplo analizado en el escrito de *Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia*, el cual se refiere a una empresa editorial que decide adquirir un taller de impresión, reduciendo por tal situación su volumen de facturación con otros talleres.¹¹¹

En principio esta operación tiene repercusiones negativas en el mercado por el hecho de que se reducirían o eliminarían las anteriores compras a los antiguos proveedores, provocando una severa lesión en su economía. Sin embargo, como bien mencionan los citados autores, esto no necesariamente es indebido,

¹¹⁰ Esta figura recibe el nombre de preaseguramiento del mercado.

¹¹¹ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *op. cit.*, p. 15.

pues una integración vertical por inversión o fusión puede tener como propósito simplemente reducir los costos de la empresa editorial, lo que redundaría en precios más bajos en beneficio del consumidor final del producto en cuestión, y no necesariamente lesionaría a sus antiguos proveedores. Si supusiéramos que esta operación debe ser impugnada por la *Comisión*, igualmente tendríamos que admitir que la empresa editorial también se encuentra imposibilitada de incurrir en cualquier tipo de negocio que reduzca sus costos a costa de otros competidores.

4.6.4 Concentraciones en el Ámbito Internacional

En lo que se refiere al procedimiento previo de notificación, la *LFCE* no distingue en cuanto a nacionalidad, domicilio u otros atributos de las partes involucradas en un acto de concentración. Por consiguiente, cualquier tipo de agente económico --independientemente de si éste es de nacionalidad extranjera, o se encuentre domiciliado o ubicado en otro país, o si la concentración se va a llevar a cabo en el extranjero-- tiene la obligación legal de notificar la concentración y pedir autorización de la misma a la autoridad competente en México, siempre y cuando el acto pretendido tenga o pueda tener efectos en el mercado de bienes y servicios del territorio nacional.

Si dos empresas extranjeras, supongamos, deciden realizar una concentración en territorio estadounidense consistente en un acto jurídico que implique una simple fusión, con el objeto de que ésta tenga efectos dentro de algún mercado

de bienes o servicios en México será obligación de dichas empresas extranjeras notificar a la *Comisión* su pretensión de llevar a cabo esta operación.

Afirmar lo anterior supone, en primera instancia, que en materia de concentraciones la *LFCE* es de aplicación extraterritorial en cuanto a los actos que se realizan en el extranjero, cuidando las formalidades que les exija el país en donde se celebre, pero que pueda tener efectos en territorio mexicano. Para ello se revisa cuidadosamente el objeto del acto jurídico y sus efectos en el proceso de competencia, tomando en cuenta los indicios a que se refiere el artículo 17 de la ley: el mercado relevante, el poder sustancial de los agentes económicos en dicho mercado, y su grado de concentración.

Cuando el artículo 16 de la *LFCE* habla de cualquier concentración que tenga por objeto o efecto el disminuir, dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia respecto a bienes y servicios, se refiere a los producidos, comercializados o prestados únicamente en territorio nacional.

La *LFCE* tiene por objeto regular todos aquellos actos, sean prácticas o concentraciones, que producen efectos en territorio mexicano. Recordemos que la definición de mercado relevante, en su dimensión geográfica, no puede abarcar más territorio que el nacional, pues el análisis de toda concentración pretende evaluar su impacto exclusivamente en la República Mexicana.

El *Informe Anual de la Comisión Federal de Competencia* también se pronuncia en este sentido al revelar la existencia de casos en que la concentración de

activos o empresas del extranjero pudieran ocasionar efectos nocivos a la competencia en México.¹¹²

Por su magnitud, muchas concentraciones pueden tener efectos considerables en diferentes economías alrededor el mundo y, por lo tanto, son notificadas a las autoridades competentes en distintos países. Lo que sin duda se complica es la ejecución de una orden que prohíba a la empresa extranjera fusionarse, cuando la autoridad que la dicta no tiene jurisdicción en el territorio donde se realiza el acto. El eterno problema del Derecho Internacional en materia de concentraciones también suele aparecer.

A manera de conclusión, podríamos decir que si el acto jurídico que da origen a una concentración se celebra en el extranjero por agentes económicos también extranjeros domiciliados en su país, y tiene efectos en el proceso de competencia y libre concurrencia en México, la *LFCE* regula de manera extraterritorial dicho acto jurídico, ya que las disposiciones de la ley sujetan a todos los agentes económicos cuyos actos tengan repercusiones en el mercado de bienes y servicios en México.

¹¹² *"Puede haber casos: por ejemplo, cuando la empresa mexicana A adquiere a todos los proveedores de insumos en los Estados Unidos, lo cual puede facilitarle denegar trato a sus competidores B y C en México, cuando éstos se proveían de las empresas adquiridas."* (Informe Anual de la Comisión Federal de Competencia 1993 - 1994, México, p. 29.)

4.6.5 Concentraciones no Objeto de Notificación

La segunda fracción del artículo 22 de la *LFCE* establece que aquellas concentraciones que no requieran ser notificadas antes de realizarse, no pueden ser impugnadas un año después de haberse realizado. Nuevamente se presenta el problema de saber en qué momento se entiende que las concentraciones han quedado realizadas.

Es probable que las concentraciones que no sean objeto de notificación queden durante un año en una situación de incertidumbre o de ilegalidad. Una posible forma de solucionar esto es que los agentes económicos involucrados estén en la posibilidad de acudir voluntariamente a la *Comisión* para notificar la operación, como ocurre en algunas legislaciones. Nuestra ley no prevé esta posibilidad, quizá por motivos de probable exceso de carga laboral o porque no cuenta con el apoyo administrativo necesario.

Es factible que los agentes económicos acudan a la *Comisión* a solicitar una recomendación en uso del derecho de petición que consagra el artículo 8 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que exige tal derecho constitucional.

A *contrario sensu*, las concentraciones no objeto de notificación pueden ser impugnadas dentro del año después de haberse realizado, es decir, puede la *Comisión* imponerles las sanciones que contempla el artículo 19 y demás aplicables de la *LFCE*.

Las operaciones o actos de concentración consumados antes de la entrada en vigor de la *LFCE*, por el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, no pueden ser impugnadas; sin embargo, esto no significa que la *Comisión* no cuente con los instrumentos jurídicos necesarios para impugnar prácticas monopólicas de agentes económicos concentrados, cuando compruebe violaciones a la ley.

4.6.6 Inscripción de los Actos en el Registro Público de Comercio

El último párrafo del artículo 20 de la *LFCE* establece lo siguiente:

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

El Registro Público de Comercio es la institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar publicidad a los hechos y actos jurídicos que,

realizados por empresas mercantiles o en relación con ellas, precisan de ese requisito para surtir efectos contra terceros.¹¹³

Dentro de los documentos sujetos a inscripción que dan origen a un acto de concentración podemos encontrar los siguientes:

- Escrituras de constitución de nuevas sociedades mercantiles.
- Actas de las asambleas extraordinarias de accionistas donde se acuerde aumentos de capital social y emisión de nuevas acciones.
- Actas de las asambleas extraordinarias de accionistas que contienen los acuerdos de fusión.
- Fideicomisos.
- Contratos mercantiles que por su naturaleza deban inscribirse.

La inscripción de todos estos actos se hace en la cabecera del distrito o partido judicial del domicilio del agente económico que concentre o que sirva como medio para que otros se concentren (sociedad o fideicomiso). En el caso de que la concentración implique una adquisición de activos inscribibles, la inscripción

¹¹³ Artículo 1º del *Reglamento del Registro Público de Comercio*, publicado por primera vez en el *Diario Oficial de la Federación* el día 22 de enero de 1979.

se hace, además, en la sede de la cabecera del distrito o partido judicial de la ubicación de los bienes.

Recordemos que los documentos que de acuerdo con el *Código de Comercio* deban registrarse y no se registren, sólo producen efectos entre los agentes económicos que lo otorguen, pero no en perjuicio de terceros. Los documentos inscritos producen sus efectos desde la fecha de su inscripción, salvo en el caso de fusiones que surten sus efectos hasta tres meses después de su inscripción.¹¹⁴

Los registradores del Registro Público de Comercio tienen la obligación de calificar los documentos que se presenten a registro, observando en todo momento las atribuciones y limitaciones que establezca el *Reglamento del Registro Público de Comercio*, y otras disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables a la materia, como lo es la nueva *LFCE*. En todo caso, el registrador tiene la obligación de denegar la inscripción de los documentos públicos o privados que se le presenten, cuando el acto o contrato que en ellos se contenga carezca de alguno de los requisitos requeridos para su eficacia jurídica, como es el caso de la autorización que emita la *Comisión*.

Para los casos de concentraciones que no rebasen los montos impuestos por la ley, los funcionarios del Registro Público de Comercio deben cerciorarse que

¹¹⁴ Artículos 26 y 29 del *Código de Comercio*.

las operaciones no alcancen los montos que señala el artículo 20 de la *LFCE* en lo que se refiere al volumen anual de ventas o activos de los agentes económicos participantes en la transacción. Por el contrario, cuando la operación sí actualice los supuestos de ley del artículo 20, al realizar la inscripción ante el Registro Público de Comercio las partes deben presentar constancia de la resolución favorable emitida por la *Comisión*, para que proceda la inscripción.

Si la *Comisión* decidió imponer una condición a la operación notificada, la inscripción en el Registro no debe realizarse en tanto no se haya cumplido con la misma. En este caso, la *Comisión* debe comunicar al Registro este hecho para que no proceda la inscripción en tanto no se cumpla con la misma.

En los casos donde la *Comisión* no emitió autorización dentro de los 45 días que tiene para resolver los casos que se le presenten, el promovente debe acreditar ante las autoridades registrales que efectivamente se cumplió ese plazo y operó la *afirmativa ficta*. En la generalidad de los casos, para facilitar a las partes la inscripción de sus actos, la *Comisión* ha emitido un oficio en donde se manifiesta que procedió la *afirmativa ficta*, pues de lo contrario sería muy difícil acreditar la existencia de ésta.

4.6.7 Sanciones

En lo que se refiere a las sanciones que corresponden a concentraciones prohibidas por la ley, el artículo 19 de la *LFCE* establece lo siguiente:

“Si de la investigación y desahogo del procedimiento establecido por esta ley resultara que la concentración configura un acto de los previstos por este capítulo (Capítulo III De las concentraciones), la Comisión, además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá:

*I. Sujetar la realización de dicho acto al **cumplimiento de las condiciones** que fije la Comisión; o*

*II. Ordenar la **desconcentración parcial o total** de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.”*

Además, también en materia de concentraciones son aplicables las fracciones I, II, III, VI y último párrafo del artículo 35 de la *LFCE* que a continuación se transcribe:

“La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

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

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

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

*VI. Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber **incurrido en alguna concentración de las prohibidas** por esta ley; y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por **no haber notificado** la concentración cuando legalmente deba hacerse;*

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

4.7 FUSIONES Y ADQUISICIONES EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

4.7.1 Efectos competitivos.

Uno de los problemas más difíciles en la legislación antimonopólica es si la estructura mercantil por sí sola puede ser ilegal; es decir, ¿no infringe la legislación antimonopólica de manera que una firma crezca tanto (a través de fusiones, adquisiciones o de alguna otra manera) que tenga el poder para

restringir la competencia, etc. --aunque dicho poder no haya sido ejercitado-- y no se demuestre ninguna intención o tentativa para monopolizar? ¿O debe existir algún abuso de poder, es decir, algún intento de fijar precios, restringir el comercio, o cualquier otra práctica predatoria antes de que se encuentre una infracción? Existe un interés válido en mantener la estructura mercantil diversa y competitiva, ya que mientras el mercado se convierte en oligopolístico, es más fácil para las firmas restringir la competencia.

4.7.1.1 Aplicación.

En la compañía Reynolds Metals Co. Versus FTC, 309 F. 2d 223 (D.C. CIR. 1962), el juzgado encontró que existía un efecto anticompetitivo. Reynolds produce el 40% del papel aluminio; los convertidores (200 firmas) usaron 192 millones de libras anualmente para ciertos propósitos. Arrow era una de las ocho convertidoras que proveían aluminio decorado al mercado florista; tenía el 33% del mercado de aluminio decorado para florista. Reynolds compró Arrow, y bajó entonces los precios de Arrow, permitiéndoles take over una porción más grande del mercado. El juzgado encontró un efecto anticompetitivo en la exclusión de otros fabricantes de aluminio raw de la venta para Arrow. La adquisición de Reynolds también le dio importantes recursos financieros sobre sus competidores en el mercado del aluminio decorado para florista.

4.7.2 Introducción al derecho de fusiones.

4.7.2.1 El Decreto Sherman

4.7.2.1.1 Regla por sí misma.

En su primer fallo en este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos parecía indicar que cualquier tipo de fusiones (horizontales o verticales) que tenía el efecto de restringir la competencia eran ilegales por sí mismas de acuerdo con la fracción 1 del Decreto Sherman. En el caso de *Northern Securities Co. Versus United States*, 193 U.S. 197 (1904), no se requería la demostración de prácticas predatorias; era suficiente con que la fusión destruyera la competencia que existía previamente entre las firmas en cuestión.

4.7.2.1.2 El tamaño solamente no es ilegal.

Otra línea de conducta adoptada en los casos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos indica que el tamaño en sí no es ilegal por sí mismo, y que las fusiones o adquisiciones no serían liquidadas, si no existía la demostración de un intento de monopolizar o de realizar otras prácticas predatorias. Por ejemplo, en el caso de *United States versus United States Steel Co.*, 251 U.. 417 (1920), el juzgado sostuvo que el poder no ejercitado para fijar los precios no infringía el Sherman Act. El juzgado declaró que "la ley no considera que el tamaño por sí solo sea un delito... se requieren otros manifiestos (alguna práctica predatoria)".

4.7.2.1.3 El objetivo del mercado competitivo --- *United States versus Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948).

4.7.2.1.3.1 Hechos.

La U.S. Steel pretendía adquirir Consolidated, un fabricante de la Costa Oeste de productos acero (tanques, tubería soldada, etc.); la Columbia Steel, una subsidiaria cuya propiedad era totalmente de la U.S. Steel, iba a hacer la compra. La U.S. Steel era el más grande fabricante de productos de acero en rollo en los Estados Unidos (33% del mercado); Columbia era el fabricante más grande de productos de acero en rollo en la Costa Oeste. El acero en rollo era usado por la Consolidated en la fabricación de sus productos. La U.S. Steel tenía dos compañías manufactureras que operaban en el Este. El gobierno objetó la adquisición sobre la base de que disminuiría la competencia, en que excluiría a todos los vendedores excepto a la U.S. Steel para proporcionar las necesidades de acero en rollo de la Consolidated.

4.7.2.1.3.2 Litis.

¿Puede una fusión ser prohibida basada únicamente en el tamaño de la compañía adquirente?

4.7.2.1.3.3 Resolución.

No. La fusión no es irrazonable.

- a) La integración vertical no es ilegal por sí misma.
- b) La distribución exclusiva (como la que existe entre la controladora y la subsidiaria) es ilegal solamente cuando es una restricción

irrazonable en el comercio. La restricción se convierte en irrazonable solamente cuando irrazonablemente restringe las oportunidades de los competidores para comercializar sus productos.

- c) Los factores económicos y tecnológicos pueden hacer que una integración vertical sea esencial en algunas industrias.
- d) Empero, el intento y el propósito de las partes son críticos. Donde el intento es un objeto social legítimo, la integración puede no ser ilegal; donde el intento es eliminar la competencia o crear un monopolio, es ilegal.
- e) Cuando la integración puede ser explicada por motivos comerciales normales, entonces los factores tales como el monto del comercio afectado, la fuerza de la competencia restante y otros hechos son relevantes para determinar si el intento es restringir la competencia o excluir a los competidores.

4.7.2.1.3.4 Disensión.

El propósito de D al adquirir Consolidated es asegurarse a sí mismo un mercado. Comprando al usuario para el cual el comercio de D estaba compitiendo es una clara eliminación de la competencia.

4.7.2.1.3.5 Comentario.

Es claro que cualquier integración en vertical restringe alguna de la competencia. Pero la corte está diciendo que pueden existir justificaciones económicas y comerciales para la restricción. Empero, la cuestión es si la restricción es irrazonable. Para determinar esto, el juzgado observará la fuerza de los competidores reales de la firma para ver si el mercado se mantiene competitivo.

- a) En esta área, los casos son juzgados sobre la base de la situación real de competitividad, no en algún modelo teórico de competencia.
- b) Esto significa que aunque la estructura industrial pudiera hacer imposible que las nuevas firmas entraran, la integración vertical puede ser sostenida si la condición existente entre las firmas en competencia es juzgada como lo suficientemente competitiva.
- c) Este es el concepto de "competencia efectiva".

4.7.2.2 Clayton Act.

4.7.2.2.1 Introducción.

Hubo una reacción adversa al caso Columbia Steel. La fracción 7 del Clayton Act fue reformada, y ahora esa sección es la que normalmente se aplica para intentar prevenir la integración vertical, es, por supuesto, también importante en los casos de monopolización.

4.7.2.2.2 Términos de la fracción 7 del Clayton Act. La fracción 7 estipula:

Ninguna compañía involucrada en el comercio adquirirá, ya sea directa o indirectamente, el total o cualquier parte de las acciones o cualquier otra parte del capital, y ninguna compañía sujeta a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio deberá adquirir la totalidad o cualquier parte de los bienes de otra compañía involucrada también en el comercio, cuando en cualquier línea de comercio en cualquier parte del país, el efecto de dicha adquisición pueda disminuir substancialmente la competencia, o tienda a crear un monopolio... esta fracción no se aplicará a las compañías que compren acciones exclusivamente para inversión y no utilicen las mismas para votación, o para crear, o intentar crear, una disminución substantiva de la competencia. Nada de lo que se estipule en esta fracción podrá impedir que una compañía involucrada en el comercio cause la integración de compañías subsidiarias para realizar su legal objeto social inmediato, o las naturales y legítimas sucursales o extensiones derivadas de la misma, o de ser propietaria y tener todo o parte de las acciones de dichas compañías subsidiarias, cuando el efecto de dicha integración no es disminuir substancialmente la competencia.

4.7.2.2.3 Regla de la razón.

Esta fracción del Clayton Act expresa esencialmente una propuesta de regla de lógica.

4.7.2.2.4 Puede disminuir substancialmente la competencia.

Obviamente, de acuerdo con el texto de esta fracción, no es necesario probar que la restricción involucrada realmente ha restringido la competencia. Es suficiente que "pueda" tender a disminuir substancialmente la competencia.

4.7.2.2.5 Tipos de fusiones y adquisiciones.

La fracción 7 se aplica a las fusiones de competidores horizontales, fusiones verticales o adquisiciones, y fusiones de conglomerados y adquisiciones (aquéllas entre firmas en mercados no relacionados).

4.7.2.2.6 Aplicación de la fracción 7.

Para determinar la legalidad de las fusiones verticales realizadas de acuerdo con la fracción 7, los juzgados se enfocan en los siguientes factores:

- a) Primero, las zonas geográficas relevantes y los productos del mercado deben ser determinados.
- b) Después, el efecto probable de la fusión es considerado midiendo la porción del mercado que serán ejecutados.
- c) Si más de una porción de minimis es ejecutada, o la competencia potencial es eliminada, el juzgado deberá considerar si algunos factores económicos e históricos peculiares al caso, incluyendo cualquier tendencia hacia la concentración en la industria, impide la

nueva entrada creada por la fusión, y la naturaleza y los objetos de la fusión.

4.7.3 Integración vertical por medio de fusión o adquisición.

4.7.3.1 Introducción.

La motivación para la integración vertical se da en dos fases:

4.7.3.1.1 Para reducir los costos.

La integración puede reducir los costos de las operaciones mercantiles, tales como el tiempo y el dinero gastados en comprar, vender, negociar, etc. Pudiera ser más fácil y posiblemente más barato coordinar el esfuerzo para hacer que las partes componentes se junten adecuadamente, y que la firma se encuentre en posibilidad de responder más rápidamente a los cambios competitivos.

4.7.3.1.2 Control.

La segunda motivación es controlar lo que sucede a la compañía (control sobre mercados, sobre abastos, etc.).

4.7.3.1.3 Efectos competitivos adversos.

También pueden existir efectos competitivos adversos de la integración. Por ejemplo, cuando una firma integrada quiere competir al nivel de menudeo, puede usar las ganancias derivadas de otros niveles de la compañía integrada

para reducir los precios a nivel menudeo y echar fuera la competencia; cuando la competencia es reducida, entonces se pueden subir los precios.

4.7.3.2 Efecto en la industria.

Muchos casos han mostrado que una vez que una o varias firmas de una industria comienzas a integrarse, las otras también, por medio de ser impedidas del abasto crítico o mercados. De esta manera, con el fin de preservar un ambiente competitivo, se deben fijar límites sobre el proceso de integración para evitar una concentración de mercado indebida.

4.7.3.2.1 Acción monopolizante --- United States versus Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947).

4.7.3.2.1.1 Hechos.

Checker, (D), una compañía fabricante de taxis, adquirió compañías que operaban taxis en varias de las ciudades más importantes (siendo dueña, por ejemplo, del 86% de los permisos para taxis en Chicago, el 100% en Pittsburgh, etc.). el gobierno hizo una acusación en el sentido de que existía un contrato entre la compañía manufacturera y las compañías que operaban los taxis, restringiendo el comercio, ya que las compañías que operaban los taxis habían acordado comprar taxis exclusivamente de la compañía fabricante. El juzgado de distrito ha denegado la querrela.

4.7.3.2.1.2 Litis.

¿Puede la integración integral infringir el Sherman Act?

4.7.3.2.1.3 Resolución.

Sí. Se devolvió al juzgado para un proceso completo.

- a) Las restricciones al comercio, de acuerdo con la fracción 1 del Sherman Act son ilegales, no importando cuánto comercio se encuentre involucrado. Y la fracción 2 hace que sea ilegal monopolizar "cualquier cantidad apreciable de comercio".
- b) Existe una cantidad substancial de comercio involucrado cuando las compañías operadoras han acordado vender taxis exclusivamente de las compañías manufactureras (un mercado de reemplazo de casi 5,000 taxis). Otros fabricantes de taxis han sido impedidos de competir en este mercado.
- c) No existe ninguna diferencia si el mercado es impedido debido a que las compañías están afiliadas (es decir, integradas verticalmente).
- d) La materia de litis es si el intento del acusado es realizar una integración con el fin de restringir el comercio o crear un monopolio. Debe existir un juicio sobre esta cuestión.

4.7.3.2.1.4 Devolución.

On remand?, el juzgado decidió que la relación entre el fabricante y las compañías operantes no era un plan deliberado para restringir el comercio o monopolizar. También, las compañías operantes no estaban obligadas a comprar taxis del fabricante, sino que podían ejercer su juicio comercial.

4.7.3.2.1.5 Comentario.

Este fue el primer caso en que se argumentó que la integración vertical equivalía a una monopolización.

4.7.3.2.2 Regla de la razón.

En el caso de Estados Unidos versus Paramount Pictures, 334 U.S. 131 (1948), el juzgado decidió que la legalidad de la integración vertical de acuerdo con el Sherman Act depende del propósito para la integración y el poder que crea. El juzgado condenó la propiedad mancomunada de los cinematógrafos por compañías productoras, debido a que cada productor daba al otro preferencia en la exhibición de las películas.

4.7.3.2.3 Amenaza para la integración.

En el caso de United States versus New York Great Atlantic and Pacific Tea Co., 67 F. Supp. 626 (III: 1946), aff'd, 173 F. 2d 79 (7º circuito, 1949), A y P habían obtenido descuentos especiales de proveedores amenazándolos a cambiar de proveedores o producir los bienes ellos mismos. A y P en realidad

se integraron verticalmente en algunas instancias. Mientras reconocían que la integración vertical en sí misma no era ilegal, el juzgado decidió que la A y P habían infringido el Sherman Act restringiendo irrazonablemente la competencia. Sus acciones impropias "mancharon" la integración vertical.

4.7.3.3 Interés sobre parcialidad de acciones -- United States versus E.I. duPont de Nemours Co., 353 U.S. 586 (1957).

4.7.3.3.1 Hechos.

En 1917 duPont (D) compró el 23% de las acciones ordinarias de General Motors (G.M.) y comenzó a proveer a G.M. con acabados y telas. El gobierno inició un proceso de acuerdo con la fracción 7 del Clayton Act. Se demostró que la G.M. tenía el 50% en el mercado automovilístico; en un año compró \$18 millones de acabados para autos de D (67% de sus necesidades) y \$3 millones en equivalente en telas (52% de sus necesidades).

4.7.3.3.2 Litis.

¿Puede la fracción 7 prohibir la adquisición de un proveedor de la existencia de un usuario?

4.7.3.3.3 Resolución.

Sí. Existe una infracción.

- 1) El mercado relevante son los acabados y telas para automóvil.
- 2) Este mercado es importante. G.M. acapara el 50% del mercado.

- 3) La competencia es obstaculizada en una parte importante del mercado substancial (esto está demostrado por el gran porcentaje del mercado provisto por D y por la gran cantidad de dólares de este porcentaje del mercado).
- 4) No existe ninguna diferencia en el hecho de que D solamente es dueño de parte de la existencia de G.M.; la fracción 7 incluye también esta situación.
- 5) No puede existir una inferencia lógica de que D compró la existencia simplemente como una "inversión".

4.7.3.4 La Prueba para la Competencia "Substancialmente menor" --- Brown Shoe Co. Versus United States, 370 U.S. 294 (1962)

4.7.3.4.1 Hechos.

La Brown Shoe Co. (D) compró a la Kinney Shoes como existencia; ambos eran fabricantes y distribuidores de zapatos (de hombre, mujer y niños). El juzgado de distrito, tomó la decisión de que la fusión de las operaciones manufactureras no infringían la legislación antimonopolio, misma que no fue apelada. D era el cuarto fabricante más grande (4%); Kinney era la doceava más grande (.5%). D era el distribuidor más grande (6%); Kinney era el octavo con el 2%. El juzgado de distrito decidió lo siguiente:

- (i) Los zapatos de hombre, mujer y niños generalmente eran producidos en fábricas separadas.
- (ii) Existía una tendencia definitiva en la industria para que los fabricantes adquirieran distribuidoras.
- (iii) El número de los fabricantes estaba declinando.
- (iv) Los fabricantes tendían cada vez más a proporcionar un porcentaje más alto de zapatos a distribuidores de menudeo de los que fueran propietarios.
- (v) La misma Brown Shoe estaba involucrada en cada una de estas tendencias.
- (vi) En el momento de la fusión Kinney no compró ninguna de sus tiendas de menudeo de D; al momento en que la acción se inició, D proporcionó el 8%.

El juzgado de distrito decidió que la fusión infringía la fracción 7 del Clayton Act. D apeló.

4.7.3.4.2 Litis. ¿Pueden las tendencias hacia el oligopolio ser impedidas en las etapas tempranas, antes de que cualesquiera firmas lleguen a alcanzar un tamaño oligopolístico.

4.7.3.4.3 Resolución.

Si la decisión se confirmó.

- 1) También los aspectos verticales de la fusión (la adquisición de las tiendas a menudeo de Kinney):
 - a) El mercado relevante del producto se define por una intercambiabilidad razonable o la elasticidad cruzada de la demanda entre el producto y sus sustitutos. Los submercados se pueden definir basándose en indicios prácticos, tales como reconocimiento industrial o público, las características peculiares del producto y sus usos, las instalaciones exclusivas para la producción, usuarios distintos, precios distintos y vendedores especializados. La fracción 7 prohíbe la disminución de competencia en cualquiera de estos submercados.
 - b) Los productos del mercado relevante son zapatos de hombre, mujer y niños. D argumenta sobre las distinciones de precio y calidad y la edad y sexo, pero ninguna de éstas puede ser de ayuda en este caso.
 - c) El mercado geográfico relevante es la nación entera. Los fabricantes pueden distribuir en todo el país.

- d) El efecto de la fusión debe ser probado si es que el mercado relevante en cualquier parte del país pudiera existir una disminución substancial de competencia.

Consideraciones:

- (1) El tamaño de la porción del mercado foreclosed. A menos que la parte sea un monopolio, esto por sí mismo no es determinante. Aquí la porción no es ni un monopolio ni un mínimo. Otros factores deben ser considerados.
- (2) Propósito del convenio. Los juzgados requieren efectos diferentes sobre la competencia, dependiendo del propósito (es decir, juntando los contratos contra los requerimientos del contrato). Aquí la historia legislativa indica que el Congreso quería preservar la excepción de la "compañía que no cumple" y permitir a las compañías pequeñas fusionarse con el fin de permitirles competir de una mejor manera. Pero aquí es obvio que las grandes compañías están involucradas y que el propósito era foreclose la competencia poniendo más zapatos Brown en las distribuidoras Kinney.

(3) La tendencia hacia la concentración en la industria. La fracción 7 tiene el propósito de preservar las estructuras industriales con varios competidores.

2) Respecto de los aspectos horizontales de la fusión (es decir, la fusión de las tiendas de menudeo Kinney y Brown) véase infra en la siguiente sección.

4.7.3.4.4 Comentario sobre la porción del mercado.

Observe que la opinión mayoritaria obscurece algunas cuestiones importantes sobre las porciones del mercado. Primero, la mayoría de los lugares de menudeo de la Brown era "franquicias", que no eran propiedad de Brown. En segundo lugar, al computar las ventas al menudeo de Kinney, todas las compras de Kinney al menudeo se juntaron; sin embargo, puede ser más adecuado considerar qué porcentaje de las ventas de fabricantes independientes representaban las compras de Kinney, dado que esto sería un reflejo más exacto de la porción del mercado foreclosed por la fusión.

4.7.3.5 Lineamientos del Departamento de Justicia para la fusión - 1984.

4.7.3.5.1 Introducción.

El Departamento de Justicia tiene un papel preponderante para hacer cumplir la política de la legislación antimonopolio porque en muchos casos a los competidores les hace falta un incentivo para entablar una demanda. Esto

puede ser debido al interés común en precios más altos que resultan de las tendencias oligopolísticas, o puede ser el resultado de la falta de incentivos financieros para buscar una orden judicial (sin daños a terceros). En cualquier caso, en 1968 el Departamento de Justicia emitió lineamientos para la fusión en beneficio de las partes potenciales a fusionarse. Se emitieron lineamientos más indulgentes en 1982; éstas se relajaron aún más en 1984. Los lineamientos dan más atención a la definición del mercado, tal como se discutió en infra. La FTC generalmente sigue los lineamientos, pero algunos Estados aplican pruebas más estrictas.

4.7.3.5.2 Índice Herfindahl-Hirschman (HHI).

Antiguamente, del Departamento aplicaba una relación de concentración basada en las porciones del mercado de las cuatro firmas más importantes. Esto fue reemplazado con la HHI, un índice que consiste en la suma de los cuadros de las porciones del mercado individuales de todas las firmas en el mercado. La HHI refleja la concentración de la porción del mercado de todas las firmas, dando un peso más grande proporcionalmente a las porciones del mercado de las firmas más grandes. Una fusión siempre incrementa el HHI. Por ejemplo, dos firmas que tengan un 10% de la porción del mercado entraría al HHI con 200 (10^2+10^2). Después de la fusión, la firma que se fusionó añadiría 400 al HHI (202).

4.7.3.5.3 Aplicación de los lineamientos a las fusiones verticales.

Una fusión vertical está sujeta a objeción si es que incrementa las barreras para la entrada. Esto requiere la satisfacción de tres condiciones:

- 1) Grado de integración: los dos mercados deben serlo de tal manera integrados completamente que los entrantes al mercado primario deberían entrar simultáneamente al mercado secundario. Esta condición no se satisface si las ventas después de la fusión hechas por firmas no integradas en el mercado secundario puede dar servicio a las plantas primarias de dos escalas de eficiencia mínima.
- 2) Dificultad para entrar; el requerimiento de entrada en el mercado secundario debe hacer una entrada en el mercado primario significativamente más diferente y por lo tanto menos probable.
- 3) Estructura del mercado; la estructura del mercado primario debe de ser de otra manera tan propicia a la actuación no competitiva que el incremento en la dificultad para la entrada es menos probable que afecte su situación. Esto se satisface generalmente si la HHI excede a los 1800.

4.7.3.5.4 Otras consideraciones.

Es más probable que el Departamento objete una fusión vertical si facilita la colusión entre las firmas integradas verticalmente, o si es usada para evitar la

regulación de la relación. El Departamento reconoce las eficiencias potenciales de la integración vertical y da un peso relativamente más alto a este factor que lo que da a las fusiones horizontales.

4.7.4 Fusiones Horizontales.

4.7.4.1 Introducción.

Aquí se consideran las fusiones entre los competidores que se encuentran al mismo nivel de fabricación o distribución.

4.7.4.2 Medidas de concentración.

Existen básicamente dos medidas de concentración:

4.7.4.2.1 Concentración total.

Por ejemplo, las 500 compañías más grandes en tamaño controlan un X% de los bienes totales. Estas medidas pueden ser utilizadas como indicadores de ciertos aspectos amplios de la estructura económico-social de la sociedad, o servir como medidas de concentración del poder económico.

4.7.4.2.2 Concentración de industrias individuales.

Por ejemplo, las cuatro firmas más importantes controlan el 75% de las ventas. Estas medidas son importantes para medir la estructura competitiva de las industrias individuales y los mercados.

4.7.4.3 Industrias concentradas.

4.7.4.3.1 Presunción de una estructura anticompetitiva.

El objetivo es prevenir que las industrias se conviertan en oligopolísticas por naturaleza, donde dicha estructura tiende a fijar un precio a la cooperación y la producción y precios más altos de los que existirían en un mercado puramente competitivo. La presunción es que mientras menos las firmas dentro de la industria, menos competencia en la industria y más altas las ganancias de las firmas. Las evidencias empíricas parecen apoyar esta conclusión.

4.7.4.3.2 Consideraciones en competencia.

- 1) El tamaño por sí solo no es malo. Normalmente existen ciertas economías de escala involucradas para alcanzar un cierto tamaño de eficiencia.
- 2) La escasez de firmas no necesariamente guía a un ambiente anticompetitivo.
- 3) Es imposible contar firmas solamente en una industria y determinar la naturaleza del ambiente competitivo.
 - a) Definir el mercado es difícil. Pudiera ser que se tuvieran que incluir las firmas que producen sustitutos casi iguales para tener un panorama exacto.

- b) Algunas veces existen muchas firmas pero el mercado es anticompetitivo (es decir, A=90%; 100 otras firmas tienen un total de 10%).

4.7.4.4 Definiendo el mercado relevante.

4.7.4.4.1 Introducción -- Brown Shoe versus United States, 370 U.S. 294 (1962). Véase la discusión de los hechos de este caso en supra. El juzgado dispuso de los aspectos horizontales de la fusión (la fusión de las tiendas de menudeo de Kinney y Brown) como sigue:

- 1) La fracción 7 es para prevenir la disminución de la competencia entre las compañías adquirentes y las adquiridas.
- 2) El mercado del producto es el mismo que el vertical.
- 3) El mercado geográfico es donde las tiendas competían antes de la fusión, que es en esos poblados que exceden la población de 10,000 y el territorio que se encuentra en los alrededores, en los cuales tanto Brown como Kinney tenían tiendas de menudeo. (Observe que D argumentó sobre los distritos centrales de comercio de las grandes ciudades, o las áreas metropolitanas estándares que incluían comunidades más pequeñas).
- 4) Se presentan muchas situaciones donde Brown y Kinney tienen ahora una porción más grande de los mercados relevantes. La

porción del mercado es un factor muy importante; aún el 5% pudiera ser demasiado, debido a que uno de los objetivos es preservar los mercados competitivos de muchos de los competidores en pequeño.

- 5) Otro factor es la tendencia hacia la concentración en la industria.
- 6) Aquí la compañía integrada pudiera estar en posibilidad de comercializar sus propias marcas a un precio menor que la competencia, lo que pudiera beneficiar al consumidor pero dañar a los competidores; aunque el Act protege la competencia y no a los competidores, otro de los objetivos del Act es asegurar que los mercados, aún aquéllos menos eficientes, se caractericen por muchas unidades competitivas.

4.7.4.4.2 Fuentes de abastecimiento -- United States versus Bethlehem Steel Corp., 168 F. Supp 576 (S.D.N.Y. 1958).

4.7.4.4.2.1 Hechos.

La Bethlehem Steel Corp. (D) era el segundo productor de acero (15%) y la Youngstown era la quinta (5%). Las dos firmas más importantes tenían el 45%; las doce más importantes tenían el 83%. Había una tendencia hacia las fusiones en la industria y la concentración; el juzgado caracterizó a la industria como un oligopolio y sin competencia de precio (todo siguió el liderazgo de precios de la United States Steel). Se inició una acción en conformidad con la fracción 7.

4.7.4.4.2.2 Litis.

¿Puede un incremento en la industria oligopólica constituir una disminución substancial de la competencia o tender hacia el monopolio?

4.7.4.4.2.3 Resolución.

Sí. Se encontró que la fracción 7 había sido infringida.

4.7.4.4.2.3.1 Mercado relevante.

La definición del mercado relevante en conformidad con la fracción 7 no es necesariamente la misma que en otras secciones de la legislación antimonopólica, y no necesariamente la misma que en la definición económica. La materia en litis es la eliminación de la competencia entre los competidores directos y la eliminación de las fuentes de abastecimiento para los compradores.

- (1) Las líneas de comercio son una larga lista de productos de acero que tienen diferentes características físicas, así como usos finales diferentes, y el reconocimiento de los productores y usuarios también diferentes.
- (2) La parte del país en cualquier área relevante donde los compradores pierden una fuente substancial de abastecimiento, o donde se elimina la competencia entre los competidores substanciales.

Mientras que existen muchos submercados, básicamente el mercado es a nivel nacional.

4.7.4.4.2.3.2 Disminución de la competencia.

- (1) Esta adquisición incrementaría aún más un mercado ya de por sí oligopolístico.
- (2) Youngstown es una fuente substancial independiente de abastecimiento.

4.7.4.4.2.3.3 Defensa.

No se argumenta como defensa que las compañías fusionadas estarían en posibilidad de competir mejor en la United States Steel. El juzgado no considera que existiría una competencia real entre las compañías combinadas y la United States Steel.

4.7.4.4.2.4 Comentario.

El juzgado enfatizó que la competencia entre las firmas que se fusionaban, pero también discutió la eliminación de la fuente de abastecimiento para los compradores.

4.7.4.4.3 La doctrina de la empresa en quiebra.

4.7.4.4.3.1 Introducción.

El Congreso sugirió que la fracción 7 no sería infringida si la compañía a fusionarse era una "compañía en quiebra". No se dijo nada más en relación con esta posible defensa.

4.7.4.4.3.2 Ejemplo --- Citizen Publishing Co. versus United States, 394 U.S. 131 (1969).

4.7.4.4.3.3 Hechos.

Dos periódicos, los únicos en la ciudad, celebraron un convenio de operación conjunta para administrar muchos departamentos y dividir las ganancias. Uno de los periódicos tenía varios años de pérdidas; tenía el 50% del mercado pero solamente el 33% de la publicidad.

4.7.4.4.3.4 Litis.

¿Pueden los competidores fusionar las funciones para terminar con la competencia con el fin de permitir a uno de los competidores continuar operando antes de que se realice cualquier intento para localizar a un comprador de la compañía en quiebra?

4.7.4.4.3.5 Resolución.

No. Infracción a la fracción 7.

- (1) La doctrina de la "compañía en quiebra" es una defensa muy estrecha. Se aplica solamente cuando la rehabilitación es tan remota que la quiebra es probable (después de los esfuerzos de buena fe) que pareciera que no existiese alguna otra perspectiva de compradores en disponibilidad. Aquí la compañía fusionada no había buscado a otros compradores.

4.7.4.4.4 Prueba cuantitativa --- United States versus Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).

4.7.4.4.4.1 Hechos.

La Philadelphia National Bank (1) celebró un convenio de fusión con la Girard Bank. Ambos tenían sus oficinas matrices en Philadelphia y las sucursales en tres condados de los alrededores (ésta era un área donde la ley estatal permitía las sucursales). D era el segundo banco más importante en el área; Girard era el tercero. D tenía el 22% de los bienes; Girard el 15%. De esta manera, las tres firmas más importantes tenían el 60%; las cuatro más importantes el 70%. Si la fusión se permitía, D-Girard sería el banco más grande con el 36%; los dos más importantes tendrían entonces el 59%; los cuatro más grandes tendrían el 78%. Existía una tendencia evidente de fusiones de bancos en Philadelphia (el número de bancos disminuyó de 108 a 42 en quince años). El gobierno inició una acción en conformidad con la fracción 7.

4.7.4.4.4.2 Litis.

¿Puede ser presumida la ilegalidad si la fusión resulta en un porcentaje indebido del mercado relevante y un incremento en la concentración en ese mercado?

4.7.4.4.4.3 Resolución.

Sí. La fusión infringe la fracción 7.

- a) El mercado del producto son los servicios bancarios comerciales.
- b) El mercado geográfico es el área de los cuatro condados. Los mercados geográficos se determinan por las relaciones de abastecedor-usuario, y la banca se basa primordialmente en la conveniencia de la localización. Aquí la definición del mercado no es perfecta, debido a que algunos prestatarios hacen operaciones bancarias en el vecindario. Pero ésta es la mejor definición posible de mercado.
- c) El objetivo de la fracción 7 es impedir la concentración en sus comienzos. De esta forma, una fusión que diera lugar a una firma que controlara un porcentaje indebido del mercado y que resultara en un incremento significativo en la concentración del mercado es probable que intrínsecamente disminuya la competencia y será integrado, a menos que exista una clara demostración de que sea probable que la fusión tenga efectos anticompetitivos.
 - (1) Aquí la fusión resultaría en un control de la firma en más de un 30% del mercado. Esto es suficientemente grande para aumentar la inferencia de ilegalidad.
 - (2) No indicamos que el porcentaje más pequeño sería el incrementar dicha inferencia.

- (3) No existe evidencia para refutar la inferencia de anticompetitividad.
- d) No es fácil de entrada en el área bancaria.
- e) No es justificación que la fusión permitiera que los bancos combinados compitieran con los bancos de Nueva York sobre préstamos más grandes, ni que los bancos más grandes ayudarían al desarrollo industrial del área de Philadelphia. Un juzgado no puede valorar todas las consecuencias finales de la decisión; la fracción 7 estipula el objetivo de impedir la disminución de la competencia en una línea de comercio en cualquier parte del país.

4.7.4.4.4 Comentario.

Observe que la Brown Shoe aparentemente consideraba más factores que el de la porción de mercado y la concentración industrial. De esta manera, la Brown Shoe indicaba que el juzgado seguiría una política de intentar evaluar cualitativamente el efecto sobre la competencia de la fusión. Este caso indica que cuando una porción del mercado de las firmas fusionadas se incrementa, se puede hacer una presunción de ilegalidad. Observe también que en todos estos casos la definición del mercado relevante es crítica para el resultado. Este caso pudiera seguir el concepto que el mercado geográfico es un submercado donde existe un número substancial de consumidores que preferirían hacer negociaciones con su área "local".

4.7.4.4.5 Mercado del producto -- United States versus Aluminum Co. Of America (Rome Cable), 377 U.S. 271 (1964).

4.7.4.4.5.1 Hechos.

Existe aluminio conductor, aluminio conductor no recubierto, y conductor de aluminio aislado; también existen sus contrapartes en cobre. El aluminio se usa para la transmisión aérea de electricidad (que va desde el 6.5% al 77% del mercado en los últimos diez años); el cobre es usado para la transmisión por tierra. Para sus usos, el costo del aluminio es cerca del 50% al 65% del costo del cobre. Aluminum Co. of America (D) tiene el 28% del mercado de conductor de aluminio, el 33% del mercado de aluminio no recubierto y el 12% del mercado de aluminio aislado. Compró a Rome Cable, el cual tenía un 1.3% del mercado de conductor de aluminio y el 4.7% del mercado de aluminio aislado. La más grande producción de Rome era en cobre. D no producía cobre. El gobierno inició una acción de conformidad con la fracción 7.

4.7.4.4.5.2 Litis.

4.7.4.4.5.3 Resolución.

Si. Infracción de la fracción 7.

- a) El mercado relevante es el mercado de aluminio conductor no recubierto, y el mercado de aluminio conductor aislado es un mercado por separado. Existe competencia para el cobre, pero existe

un incremento en la diferencia de uso final y las suficientes diferencias de precios para constituir mercados separados.

b) La industria es concentrada.

(1) En el mercado del conductor de aluminio las dos firmas más importantes (D es la primera) tienen el 50% del mercado; las cinco firmas más importantes tienen el 76% del mercado. Nueve firmas (incluyendo a Rome con el 1.3%) tienen el 96% del mercado.

(2) En conductor aislado de aluminio, cinco tienen el 66%; D es el tercero, Rome es el octavo, y nueve firmas tienen el 88%.

c) Existiría una disminución substancial de la competencia a través de esta fusión. La industria es oligopolística; Rome, aunque bajo en porcentaje, es un competidor fuerte (un pionero en el campo del aluminio aislado, investigación eficiente, etc.):

4.7.4.4.5.4 Disensión.

El mercado relevante es el mercado total de conductores, incluyendo el cobre. D adquirió Rome Cable para obtener su pericia, (knowhow), no para eliminar un competidor u obtener un mercado cautivo.

4.7.4.4.5.5 Comentario.

En el caso de *United States versus Continental Can Co.*, 378 U.S. 441 (1964), D era el segundo productor más importante de contenedores metálicos; adquirió Hazel-Atlas, el tercer productor más importante de contenedores de vidrio. El juzgado decidió que el mercado geográfico es a nivel nacional; el producto del mercado es contenedores de metal y vidrio. La maquinaria usada para empacar los contenedores de metal y vidrio eran diferentes; algunos usuarios no consideraban el cambiar de producto basado en las variaciones de precio; tenían diferentes características. Sin embargo, existían situaciones donde un tipo había substituído al otro, así que existía competencia continua de proporciones substanciales entre los dos (cada una consideraba el precio del otro para fijar sus propios precios). De esta manera, D tiene el 22% del mercado; Hazel tiene el 31%. Las seis compañías más grandes tienen el 70%. Esto era suficiente para iniciar la acción en este caso dentro de la presunción del caso *Philadelphia*. La disensión opinaba que la discusión sobre el mercado relevante era ilegal, argumentando que el juzgado consideraba que la fusión entre dos grandes compañías en industrias relacionadas era presuntivamente ilegal.

4.7.4.4.6 Tendencias hacia la concentración.

4.7.4.4.6.1 Introducción.

Los casos que se describieron anteriormente introducen el hecho de que una "disminución sustancial de competencia" puede ser mostrada por la fusión entre

firmas que tienen una substancial porción (participación) del mercado. Otro factor que debe ser considerado es el de la tendencia en la industria y si ésta es hacia la concentración.

4.7.4.4.6.2 Ejemplo: Estados Unidos v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966).

4.7.4.4.6.2.1 Hechos.

El Mercado fue definido como el negocio de abarrote de menudeo en el área de Los Angeles. Von's Grocery Co. (D) tenía 4.7 del mercado; la compañía adquirida tenía 4.2% (ellos eran la tercera y sexta cadenas más grandes). La cuarta más grande tenía 24% del mercado; la octava más grande tenía 41%; las doce mayores tenían 49%. 10 años antes los porcentajes correspondientes habían sido 26%, 34% y 39%. El número de tiendas de abarrotes individuales había bajado durante el mismo período de 5,300 a 3,800; el número de cadenas de 2 o más tiendas se había incrementado de 96 a 150; 9 de las 25 firmas más importantes habían adquirido en total 126 tiendas. Ambas D y la compañía adquirida fueron muy agresivas y habían crecido substancialmente en los pasados 25 años.

4.7.4.4.6.2.2 Litis.

¿Serán ilegales las fusiones de compañías líderes en industrias caracterizadas y tendencias poligopolistas?

4.7.4.4.6.2.3 Resolución.

Sí. Violación a las Sección 7.

1. La sección 7 observa el posible efecto futuro sobre la competencia.
2. Una tendencia hacia la concentración tiene que ser detenida en su etapa incipiente.
3. El espíritu de la ley es el de mantener múltiples pequeños competidores.
4. Aquí hay una fusión entre 2 grandes firmas en un mercado que está llegando a ser crecientemente concentrado.

4.7.4.4.6.2.4 Opinión concurrente.

En un mercado que se está moviendo hacia la concentración, cualquier fusión entre grandes firmas (ó entre una de las grandes y una menos importante) será ilegal aún donde las 8 primeras firmas tienen el 40% ó más del mercado.

4.7.4.4.6.2.5 Disensión.

La mayoría consideró simplemente en contabilizar la declinación en el número de tiendas. Esto es un razonamiento demasiado simple, se debe ver atrás de esos números para determinar el estado real y la tendencia de la competencia en el mercado. La declinación en el número de propietarios de tiendas-

individuales es el resultado del incremento de los supermercados combinados. Las adquisiciones realizadas por las 25 firmas más grandes fueron mayoritariamente de firmas que estaban decayendo. Ha habido numerosas aperturas de nuevas tiendas individuales. 7 de las 25 firmas más importantes ni siquiera existían hace 10 años. Y no existen barreras de entrada al mercado.

4.7.4.4.6.2.6 Comentarios.

Existe la interrogante de si el demostrar la eficiencia económica obtenida a través de una fusión sería una defensa. Existe la interrogante también de saber cuanto está la mayoría realmente detentando. Probablemente el disentir es correcto – ya que es peligroso tomar simplemente un factor (la declinación en el número de firmas). Un grupo de factores deben probablemente ser atendidos de manera conjunta:

1. Número de firmas.
2. Tendencias entre las 8 de 10 firmas principales.
3. Razón para las tendencias.
4. Porción del mercado representado por la combinación de firmas.

4.7.4.4.6.3 Mercado Geográfico.

En Estados Unidos v. Pabst Brewing Co., 384 U.S. 546 (1966), Pabst (D), la décima cervecería más grande, adquirió Blatz la dieciochoava más grande. Ellos tuvieron un 24% del mercado combinado de Wisconsin, 11% en el área de los 3 estados de Wisconsin, Illinois y Michigan y 4.5% de las ventas nacionales.

La corte sostuvo que el mercado geográfico relevante está constituido “por cualquier sección del país” donde el gobierno pueda demostrar una substancial disminución de la competencia. Aquí hay una disminución de la competencia debido a que el número de cervecerías bajó de 714 a 229 en 5 años, y el número de compañías bajo de 206 a 162, y subió el segmento del mercado potencial controlado por las cervecerías líderes. En virtud de que existe una tendencia a la concentración, esos porcentajes son lo suficientemente altos para indicar una violación.

4.7.4.5 Interpretación de Información Estadística.

4.7.4.5.1 Introducción.

El disentimiento en el caso Von's Grocery argumentó que la Corte no debe observar ciegamente a la información estadística sino que debe intentar determinar las causas subyacentes, a fin de que un estimado más realista del estado del mercado competitivo pueda ser realizado. Un caso reciente siguió esta posición.

4.7.4.5.2 Ejemplo - Estados Unidos v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974).

4.7.4.5.2.1 Hechos.

La matriz de Freeman Coal compró el control de United Electric Co. en 1959; Freeman produjo carbón proveniente de yacimientos profundos de minas, United lo atrajo de minas a cielo abierto. En 1966 la Compañía General Dynamics (GD) obtuvo el control de Freeman y por lo tanto también de United.

El gobierno argumentó que el producto de mercado era carbón y el mercado geográfico podía ser una región de diversos estados del medio oeste o el Estado de Illinois. En esas regiones la industria mostró alta concentración y una tendencia hacia la concentración.

	Región		Illinois	
	1957	1967	1957	1967
Las 2 firmas más importantes	29.6	48.6	37.8	52.9
Las 4 firmas más importantes	43	62.9	54.5	75.2
Las 10 firmas más importantes	65.5	91.4	84	98

También el número de firmas productoras de carbón en Illinois se redujo de 144 a 39. Y el segmento del mercado de carbón de la firma se incrementó:

	Región			Illinois		
	Posición	Año	Porcentaje	Posición	Año	Porcentaje
Freeman	2	1959	7.6	2	1959	15.1
United	6	1959	4.8	5	1959	8.1
Combined	2	1959	12.4	1	1959	23.2
Freeman	5	1967	6.5	2	1967	12.9
United	9	1967	4.4	6	1967	8.9
Combined	2	1967	10.9	2	1967	21.8

4.7.4.5.2.2 Litis.

¿Podrán factores no estadísticos no considerados en la determinación de si una fusión puede resultar en una substancial pérdida de la competencia?

4.7.4.5.2.3 Resumen.

Sí. No hay una violación de la sección 7.

- a) Pueden obtenerse inferencias de los datos estadísticos. Pero aquí existieron otros factores pertinentes que exigen una conclusión en el sentido de que no ha habido una substancial disminución de la competencia.
- b) Esos factores se refieren a desarrollos de la industria del carbón.
 - (1) El carbón está perdiendo su segmento de mercado respecto de otras fuentes de energía; de forma tal que el producto del mercado puede no ser carbón.
 - (2) Las compañías de luz son las principales compradoras de carbón; ellos compran su carbón en contratos de largo-plazo, por lo tanto el tema relevante a analizar no es que tanto carbón vende la compañía adquirida (en virtud de que esto ha sido pactado desde mucho tiempo atrás) sino más bien el punto a analizar es qué reservas tiene las compañías que no han sido pactadas y por lo tanto comprometidas en venta. United

mantiene menos de un 1% de las reservaciones de carbón en el área regional y solamente 4 millones de toneladas no estaban pactadas o comprometidas al momento del juicio. Igualmente, parece ser que no existe una posibilidad substancial de que United pueda adquirir las minas de carbón a cielo abierto y no tiene la experiencia para explotar yacimientos provenientes de carbón.

- c) Normalmente la evidencia de lo que le sucede a la competencia después de una fusión, no es probatorio (esto permitiría a conductas posteriores a la fusión a influenciar las decisiones), pero aquí sí tiene un valor, en virtud de que refleja la verdadera estrategia de la industria, la cual no está sujeta a manipulación.
- d) No tiene relevancia la forma como se ha definido el mercado relevante; puede no haber disminución substancial por parte de United en cualquier mercado.

4.7.4.5.2.4 Disensión.

El carbón es el producto relevante del mercado (este tiene distintos compradores quienes no son sensibles al precio); el mercado geográfico es el estado de Illinois ó la región, ésto porque el gobierno sugiere que Freeman y United vendieran cuando menos una mitad de su producción a los mismos compradores. El argumento de que United no tenía reservas substanciales

para vender constituye la defensa de la “compañía en problemas” (failing company); sin embargo, esto debe de ser dictaminado al momento de la fusión, no durante el juicio, y United no calificó al momento indicado. No se hicieron estudios de los efectos competitivos de la fusión oportunamente. Igualmente, tal parece que varias compañías compraron nuevas reservas de carbón en los años 1960's y que United tuvo unos 27 millones de toneladas adicionales de reservas en yacimientos provenientes. 5 años antes de la fusión ésta había estado explotando reservas provenientes. El registro de la Corte de Distrito es omiso respecto de los estudios necesarios para realizar una decisión en este caso. Por tanto debe de ser redemandado (remanded).

4.7.4.6 Directrices del Departamento de Justicia – Fusiones Horizontales.

4.7.4.6.1 Aplicación de las HHI a las fusiones horizontales.

El Departamento de Justicia considera otros factores adicionales a HHI. Por ejemplo, cuando el ingreso es fácil, una fusión no es probable que sea desafiada. Sin embargo, el departamento inicia un análisis de una fusión dictaminando su impacto en el HHI. Los estándares aplicables dependen de la naturaleza del mercado de que se trate.

- 1) Baja concentración (índice HHI posterior a la fusión menor de mil): no hay desafío excepto en circunstancias extraordinarias.

- 2) Concentración moderada (el índice HHI posterior a la fusión será de entre mil y 1800): no hay desafío a menos de que la fusión incremente el HHI por arriba de los 100 puntos.
- 3) Alta concentración (el índice HHI posterior a la fusión será mayor a los 1800): no hay desafío a menos de que la fusión incremente el HHI por más de 50 puntos.
- 4) Grande firma (el segmento de mercado de cuando menos un 35%) probable desafío si la firma se fusiona con otra firma teniendo más del 1% del segmento de mercado.

4.7.4.6.2 Otros factores.

En adición a lo accesible de la entrada al mercado, el Departamento con D considerará otros factores incluyendo tecnología, el potencial de colusión, la eficiencia y el argumento de defensa de la empresa en problemas (failing company defense).

4.7.4.6.3 Impacto.

Las nuevas directrices, aún siendo más favorables para las fusiones probablemente hubieran mantenido al Departamento inhibido de demandar en el caso de Brown Shoe, Rome Cable, Continental Can y Von's Grocery.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES FINALES

5. INEFICIENCIA DEL MONOPOLIO

No cabe duda que tanto el legislador como el ejecutivo, en sus diversas instancias, ha procurado instaurar y aplicar en México políticas económicas que buscan el desarrollo eficiente y competitivo de los mercados, a fin de evitar las ineficiencias de los monopolios. No obstante esto, tal y como lo señala la propia Comisión Federal de Competencia, han existido, principalmente dos tipos de críticas respecto de la actuación de la Comisión. Una procede de quienes piensan que la ley y la Comisión obstaculizan el desarrollo de los negocios y desestimulan la inversión y lejos de fomentar la libre competencia la limitan. La otra es sostenida por quienes creen que la ley y su aplicación no son compatibles con el proceso de globalización característico del mundo actual al dificultar y con frecuencia obstaculizar las cada vez más frecuentes fusiones y adquisiciones que ocurren en una economía globalizada. Ninguna de estas críticas es válida, tal y como se explica más adelante.

Como señala la Comisión Federal de Competencia, la política económica mexicana instaurada desde mediados de los años 80's, ha buscado el desarrollo eficiente y competitivo de los mercados y está basada en cuatro pilares fundamentales: la liberalización de los mercados, la privatización, la desregulación y la competencia. La falta de alguno de ellos provoca desequilibrios que restan eficiencia a los mecanismos de mercado y disminuyen los beneficios que generan. Todas estas políticas deben ser simultáneas y armónicas para el buen funcionamiento de los mercados. Aunque han existido grandes avances en esta materia desde la creación de la CFC, queda un largo camino por recorrer en el logro de esa armonía entre políticas.

Existen ejemplos como el de la aviación mexicana. La compañía aérea propiedad del estado (Aeroméxico) fue privatizada a finales de la administración del presidente de la Madrid. Se tomó la decisión valiente y acertada de dejar de subsidiar una línea aérea que había sido una sangría para el presupuesto público y que nunca había alcanzado los niveles de eficiencia que le permitieran ser competitiva. Esta privatización se llevó a cabo sin que existiera un régimen regulatorio adecuado y sin que se planteara una estrategia para abrir el sector a la competencia. La otra línea aérea (Mexicana), rescatada por el gobierno ante sus problemas financieros, fue desincorporada años después. Esta operación concluyó en 1993, con la adquisición de acciones de Mexicana por Aeroméxico. La transacción mencionada implicó la acumulación de poder sustancial de mercado relevante al impedir que se realizaran vuelos de cabotaje dentro del territorio nacional por empresas de aviación extranjeras. Como resultado de la

crisis de 1994-95 los bancos acreedores de Aeroméxico y Mexicana adquirieron el control y entraron al rescate de las mismas. Esta situación fue heredada por el gobierno federal a través del Fobaproa.

Lo anterior demuestra que una privatización, por oportuna que sea, no resultará eficiente económicamente, si no existe una regulación que promueva la competencia y que resulta en la prestación del servicio público en condiciones de eficiencia y seguridad. Por ello es preciso que se evite pasar de un monopolio público a uno privado al tolerar que una empresa privatizada detente poder sustancial de mercado. Esto condujo a que, La Comisión Federal de Competencia, a principios de octubre dictaminara la venta de las dos aerolíneas controladas por Cintra al redactar en su resolución que la venta de Cintra tendría que realizarse separando en su venta a Mexicana por una parte y a Aeroméxico por la otra. Esta decisión de venderlas separadamente que fue aplaudida por muchos, fue criticada por otros al afirmar que Cintra debió haberse vendido como un todo para estar en posibilidad de competir con las grandes aerolíneas mundiales de mucho mayor capital, poder de mercado y beneficiarias de mayores economías de escala.

Situación similar le ha sucedido, también, a la privatizada Teléfonos de México. Antes de la privatización de la empresa monopólica gubernamental se llevó a cabo un profundo proceso de reestructuración financiera y operativa, la cual convirtió a Teléfonos de México (Telmex) en una opción muy atractiva para los inversionistas. No obstante la opinión de diversos expertos se privatizó el

monopolio telefónico sujetándolo a un plazo de gracia de varios años para abrir la industria de los nuevos competidores.

Un monopolio privado muchas veces es peor desde la perspectiva de eficiencia económica, que un monopolio público. Al privatizar Telmex se estableció, a través de su Título de Concesión una regulación que previno en buena medida los posibles abusos de poder de mercado. No obstante esta regulación, la colocación de Telmex desde un punto de vista financiero, la ubicó como una empresa de muy alta rentabilidad, incluso medida a nivel internacional. Las reglas para la apertura telefónica se publicaron hasta 1996, siete años después de la privatización de Telmex. Las discordancias entre estas disposiciones y lo establecido previamente en el Título de Concesión han dado lugar a litigios y falta de claridad jurídica. Desde el año de 1997 la Comisión Federal de Competencia y la propia Cofetel dictaminaron la dominancia de Telmex. No obstante estas acciones los competidores Avantel y MCI promovieron que el Gobierno de los Estados Unidos demandara a México ante la Organización Mundial del Comercio.

Con la LFCE se reconoce de una manera explícita la ineficiencia del monopolio, ya que las distorsiones que ocasiona en los mercados por el aumento en precios, disminución en cantidad ofrecida y baja calidad, afecta a la sociedad en su conjunto, de manera que la libre competencia es condición necesaria para aumentar el bienestar de la sociedad, a través de ofrecer bienes (productos y

CONCLUSIONES

- PRIMERA.- El Gobierno mexicano ha reconocido la necesidad imperativa de dirigir su economía hacia un esquema de mayor eficiencia, limitando la protección y privilegio, de que hasta entonces, gozaron los monopolios; por ello, además de la Ley Federal de Competencia Económica, sus reglamentos y la Institución que emana de esta Ley (Comisión Federal de Competencia), se requiere de una mayor coordinación y funcionalidad entre las entidades públicas, verbigracia: COFETEL, S.C.T., etc., etc., responsables.
- SEGUNDA.- La Ley Federal de Competencia y sus reglamentaciones son producto de la labor de expertos del gobierno mexicano y de sus asesores. Sin embargo, se observa en esta Ley la decisiva influencia de las legislaciones pioneras de Estados Unidos de América y la reflexión entorno a la legislación europea sobre la materia. Esta última, a su vez con la citada fuerte influencia estadounidense.
- TERCERA.- La Aplicación de la Ley Federal de Competencia y las políticas públicas que de ésta emanan, adolecen, por falta de información y conocimiento, del apoyo de la ciudadanía y de los habitantes

en general. Habrá que hacer una labor de difusión más amplia y profunda.

CUARTA.- Existe la posibilidad de que la Comisión Federal de Competencia pueda intentar en un momento dado alejarse de problemas de política regulatoria, que resulten atentadores de intereses de grupos hasta ahora muy privilegiados, y por lo mismo la aplicación de la Ley y la actividad de la Comisión y de otras instituciones regulatorias relacionadas, resulte políticamente explosiva. Esto puede conducir a que las instituciones, particularmente la Comisión Federal de Competencia se imponga limitaciones a la aplicación de esta Ley. Si lo anterior, es o no conveniente, depende de los motivos, resultados y efectos. Cabe señalar que si esta Comisión triunfa en algunos casos de monopolización su actuación ganará credibilidad entre autoridades, agentes económicos y ciudadanía en general. Si, en contraste, la Comisión, se alejase de la controversia, lo único que estará mostrando y confirmando con su actuación sería que no dispone todavía de la suficiente fortaleza institucional para el cabal cumplimiento de las disposiciones de la Ley que le dio origen.

QUINTA.- La Comisión Federal de Competencia deberá mantener su monitoreo sobre sectores que no han sido privatizados, en los

que la regulación y actividad antimonopólica puede evitar concentraciones indebidas.

SEXTA.- La Comisión Federal de Competencia, en materia de comercio, también deberá participar en forma importante. La liberación de las barreras arancelarias y no arancelarias no ha mejorado todavía la estructura competitiva de múltiples sectores económicos y diversas industrias, en las que pueden existir concentraciones indebidas. En ese sentido cabe señalar que sería conveniente una reforma para conferirle a la Comisión Federal de Competencia las facultades para contrarrestar a los monopolios mediante lo que se conoce como el "divestiture" o la disminución de la inversión por parte de la empresa, persona física o moral que ejerza una concentración indebida, que resulte en poder sustancial en un mercado relevante específico. Debe entonces cuando menos dársele a la Comisión Federal de Competencia más facultades en el cuerpo normativo comercial, a fin de prevenir conductas monopolizadoras evitando efectos anticompetitivos. Como mínimo, la Comisión Federal de Competencia debería poder, a través de las facultades administrativas correspondientes, asegurar que las implicaciones competitivas de los temas comerciales sean ampliamente difundidos.

- SÉPTIMA.- Instituciones alternativas y recursos adicionales deben de ser considerados para enfrentar los problemas y efectos perniciosos de los monopolios.
- OCTAVA.- La regulación jurídica ordinaria (reglamentaria) actual sigue protegiendo a múltiples empresas en los sectores de telecomunicaciones y transportes, y la Constitución protege a los proveedores de energía y petróleo.
- NOVENA.- La distribución de facultades de las autoridades en mercados regulados necesita ser reconsiderada. La Comisión Federal de Competencia al dictaminar poder de mercado, actuará en forma limitada y con efectos restringidos si las normas de la Secretaría de Estado relevante no resuelve, realmente, la problemática de fondo.
- DÉCIMA.- La estructura, como entidad, de la Comisión Federal de Competencia necesita ser fortalecida, y tal vez aumentados sus recursos financieros y de toda índole. No es fácil lo anterior, porque existen restricciones presupuestales. En otros países con presupuestos apretados ha sido posible. La Comisión Federal de Competencia tiene un presupuesto casi 5 veces inferior a de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Aguilar Alvarez de Alba, Javier. Características esenciales de la Ley Federal de Competencia Económica. Estudio en torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Serie I; Estudios Económicos No. 24. 1994.
2. Bain Joe S., *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 1956.
3. Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, segunda edición, 1991.
4. Barrera Graf, Jorge. *Tratado de Derecho Mercantil. Generalidades y Derecho Industrial*, Editorial Porrúa, México, vol. I, 1957.
5. Barrero Stahl, Jorge. *Notas respecto a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, mimeo.
6. Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*, Editorial Harla, México. Tercera edición, 1984.
7. Bibler, Richard S. *The Arthur Young Management Guide to Mergers and Acquisitions*, Mimeo, U.S.A., 1986.
8. Brennan, Michael J. *Theory of economic statics*. Prentice-Hall, U.S.A., segunda edición, 1988.
9. *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.
10. Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1993-1994.
11. Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1994-1995.
12. Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1996.
13. Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1997.
14. Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1998.

15. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Porrúa. México. 2000.
16. Constitución, leyes federales, reglamentos, decretos, jurisprudencia, actos administrativos, circulares, autorizaciones, licencias, permisos, concesiones, constituciones y leyes locales, así como tratados internacionales como el GATT y el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.
17. *Diario Oficial de la Federación*, 3 de agosto de 1994.
18. *Diario Oficial de la Federación*, la *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras*.
19. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., segunda edición, 1987.
20. *Enforcement of competition Law and Policies and Jurisprudence*. West Publishing. Minnesota, U.S.A. 2000.
21. *Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica*. México.
22. Francisco Lozano Noriega, Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1990. 523 pp.
23. Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino, *Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica*, en *El Trimestre Económico*, núm. 237, enero-marzo, México, 1993.
24. García Rendón, Manuel. *Sociedades Mercantiles*, Editorial Harla, México. 1983.
25. García Rodríguez, Sergio. Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica. La regla per se y la regla de la razón, en *Estudios se torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, serie I: Estudios Económicos, núm. 24, 1994.
26. James Stewart, "Den thieves", 1990.

27. Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, tomo I, segunda edición, 1952. pp. 442.
28. La Política de Competencia en la Economía Global: Una Perspectiva Latinoamericana. Banco Mundial – OCDE Buenos Aires, Argentina, 1996.
29. *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1994.
30. *Ley General de Sociedades Cooperativas*.
31. *Ley General de Sociedades Mercantiles*.
32. López Velarde Estrada, Rogelio. La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, en *Jurídica*. Anuario del Departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. México, núm. 24, 1995. pp. 281-310.
33. Marx, Carlos. *El Capital. Crítica de la Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, México. Capítulos I y II. 1987.
34. PATIÑO MANFFER, Ruperto. Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., serie I: Estudios Económicos, núm. 24, 1994, pp. 107-124.
35. Prácticas desleales y prácticas restrictivas. Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.
36. *Reglamento del Registro Público de Comercio*, publicado por primera vez en el *Diario Oficial de la Federación* el día 22 de enero de 1979.
37. *Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia*. Diario Oficial de la Federación. 12 de octubre de 1993.
38. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I Introducción, Personas y Familia. Ed. Porrúa. México. 1989. pp. 7-203.
39. Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, México. 1988. 436 pp.

40. Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apéndice 1985, parte III, sección administrativa, tesis 237.
41. *Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, época 5A, tomo CVIII.
42. Shepard. *Jurisprudence in the Antitrust U.S.A.* 1999.
43. Steven T. Call y William L. Holahan.
44. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, abril 2, 1992.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México. 1983.
2. ASPE ARMELLA, Pedro. El camino mexicano de la transformación económica. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.
3. AUPING BIRCH, Juan. Entre socialismo y neoliberalismo. Una alternativa para América Latina. Instituto de Proposiciones Estratégicas. México. 1992.
4. BITAR Agiss, Fernando. La Ley Federal de Competencia. ITAM, 1995.
5. BORK, Robert H. The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself. Ed. Library of Congress Cataloging in Publication Data. U.S.A. 1978. pp.462.
6. BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. Ed. Porrúa. México. 1966.
7. BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa. México. 1992.
8. CALL, Steven T. y HOLAHAN, William L. Microeconomía. Grupo Editorial Iberoamericana. México, D.F. segunda edición. 1985.
9. CALL, Steven T., William L. Holahan. Microeconomics. Wadsworth, Inc., U.S.A. 1983.
10. CALL, T. Steven y William L. Holahan. Microeconomía. Trad. Eduardo Pérez Mota et. Al. Ed. Iberoamérica. México, 1985. pp. 575.
11. CAPELLA SAN AGUSTÍN, Mariano. Concentración de empresas y consolidación de balances. Editorial Hispano-Europea. Barcelona. 1975.
12. CARRILLO, Omar. Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. tomo II. 1994.

13. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. Los efectos extraterritoriales de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia. Revista de Derecho Mercantil. Madrid. núm. 124. 1972.
14. CASTAÑEDA GALLARDO, Gabriel. Bases para el Nuevo Derecho de Competencia Económica en México. Modernización del Derecho Mexicano. Rubén Valdez Abascal y José Elías Romero (compiladores). Ed. Porrúa. México. 1993.
15. CASTAÑEDA, Gabriel; Levy, Santiago; Martínez, Gabriel y Merino, Gustavo. Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica, en el Trimestre Económico. núm. 237 enero marzo. México. 1993.
16. Congreso de la Unión. Cámara de Diputados. Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Ed. Porrúa. México, 1978. Tomo V. págs. 7-98
17. CUARTERO RUBIO, Ma. Victoria. Crónica sobre libre competencia, en Revista La Ley. Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. España. 1990.
18. D'ALESSIO, Francesco. Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano. Tomo I. Torino. 1932-1934.
19. DE TORRES CANABELLAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. segunda edición. 1987.
20. DIAZ BRAVO, Arturo. CONTRATOS MERCANTILES. Ed. Harla. México. 1994.
21. EKELUND, JR. Robert y Robert F. Herbert. Historia de la Teoría Económica y de su Método. 3ª ed. Trad. Jordi Pascual Escutia. Ed. McGraw Hill. México, 1993. pp. 731.
22. Exposicion de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica. México. XL.
23. FAYA VIESCA, Jacinto. Rectoría del Estado y Economía Mixta. Ed. Porrúa. México. 1987.
24. FOX, Eleanor M. Discussion draft of the task force on the competition dimension of the North American Free Trade Agreement. Ponencia para: American Bar Association Antitrust Section. U.S.A. 1994.

25. FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. Ed. Porrúa 3ª y 30ª ediciones. México. 1944 y 1991.
26. FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. Ed. Porrúa. México, D.F. 31ava. edición. 1992.
27. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. Ed. Porrúa. México, D.F. 1961.
28. GARCÍA MORENO, Víctor Carlos y César E. Hernández Ochoa. **El Neoproteccionismo y los Páneos como mecanismos de Defensa contra las Prácticas desleales**. México. 1993.
29. GARCÍA Villegas Sánchez Cordero, Paula María. **Análisis Económico del Artículo 28 Constitucional y la Ley Federal de Competencia Económica**. Tesis ITAM. México. 1995.
30. GONGORA PIMENTEL, Genaro David, Miguel Acosta Romero, **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Ed. Porrúa. México. 1992.
31. HIERRO, Liborio L. "Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y Principios Reguladores del Procedimiento". Civitas Revista Española de Derecho Administrativo. España. Septiembre de 191. págs. 333-334.
32. JAKOB, Richard, Política Social en la Economía Social de Mercado. "**¿Qué significa Social en el concepto de Economía Social de Mercado?**" Contribuciones 3/92. México. págs. 86-100.
33. LEVY, Santiago. **Notas sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica**. Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. serie 1: Estudios Económicos, núm. 24, 1994. pp. 63-77.
34. LOZA MACÍAS, Manuel. **El Pensamiento Económico y la Constitución de 1857**. 2ª ed. Ed. Congregaciones Mariana, Palmarín. México. 1984. pp. 288.
35. MARIENHOFF, S. Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Teoría General. Cuarta Edición. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994.

36. MARTÍNEZ SERRANO, José A. y Sanchis Llopis, AmParo. **Tendencias recientes en las fusiones y adquisiciones de empresas industriales. Análisis económico financiero, en Revista de Economía Industrial.** Universidad de Valencia, España. 1990. pp. 125-135.
37. MARTÍNEZ, Gabriel y Fárber, Guillermo. **Desregulación económica.** Serie Una visión de la modernización de México, Fondo de Cultura Económica, México 1994, 356 pp.
38. MARX, Carlos. **El Capital. Crítica de la economía Política.** Fondo de Cultura Económica, México, D.F., Capítulos I y II. 1987.
39. MASSAGUER FUENTES, José. **Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes materiales, en Revista General de Derecho.** Sección de Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales, Valencia, núm. 544, 1989, pp. 245-263.
40. MENÉNDEZ, Aurelio. **Los derechos del administrador en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia, en Civitas Revista Española de Derecho Administrativo,** España, núm. 77, 1993, pp. 5-25.
41. Minister of Supply and Services Canada. **Competition Act.** Ed. Canadá. Canadá. 1990. pp. 134.
42. MITNICK, Barry M., **The Political Economy of Regulation.** Columbia University Press, U.S.A. 1980. p. 298.
43. MOLITOR. **Administration Publique.** UNESCO: 1958.
44. NEBERG, Joshua A. **La nueva ley de Competencia Económica de México: hacia el desarrollo de una ley mexicana antimonopolios”, Estudios en torno a la ley Federal de Competencia Económica,** Instituto de Investigaciones Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., serie I: Estudios Económicos, núm. 24, 1994, pp. 79-105.
45. **Organization for Economic Cooperation and Development.** Competition policy in OECD countries 1991-1992, France, 1994, pp. 3-142.

46. PAREDES-MOLINA, D. Ricardo. Privatizing a Less Developed Economy: The Chilean Case. Escrito Personal. 1993. pp. 51.
47. PENA SOTO, Cristina. Apuntes sobre defensa de la competencia, en Boletín ICE Económico, España, núm. 2360, 1993, pp. 543-547.
48. PÉREZ RUL, Rocío y Brito A. Julio. Para desmantelar monopolios se requiere voluntad política: MCI, "Excelsior, México, Sección Financiera, Miércoles 28 de junio, 1995, pp. 1 y 6.
49. PEREZNIETO CASTRO, Leonel. La Ley Federal de Competencia económica un nuevo instrumento para una nueva economía, Estudios en torno a la ley Federal de Competencia Económica, Instituto de Investigaciones Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., serie I: Estudios Económicos, núm. 24, 1994, pp. 125-137.
50. PHILLIP AREEDA, Lous Kaplow. Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases. Fourth Edition. 1992.
51. PHILLIP AREEDA, Lous Kaplow. Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases. Fourth Edition. Supplement. 1992.
52. POLINSKY, MITCHELL A. Introducción al análisis económico del Derecho. Ed. Ariel, España, 1985. 155 pp.
53. POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, Little Brown, U.S.A. tercera edición 1986, 532 pp.
54. REICH, Norbert. Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana), Traducción de Antoni Font, Editorial Ariel, España; 1985, 373 pp.
55. REMIRO Brotones, Antonio. "Las Autoridades Nacionales de defensa de la Competencia entre el Derecho Estatal y el Comunitario". E.I. Noviembre – diciembre 89. España. págs. 41-49.
56. Resumen interpretativo de la conferencia "Foro de las Economías Emergentes de Mercado". La política de Competencia en la Economía Global: Una Perspectiva Latinoamericana. Banco Mundial-OCDE. Buenos Aires, Argentina. 1996.
57. RILL, James F. (Assistant Attorney eneral Antitrust Division). 60 minutes with the Honorable James F. Rill, ponencia para: U.S. Department of Justice, Washington D.F., 1992. 45 pp.

58. ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Traducción de José Luis Pérez Hernández, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, 114 pp.
59. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I Introducción, Personas y Familia. Ed. Porrúa. México. 1989. pp. 7-203.
60. ROSTOW, E.V. British and American experience with legislation against restraints of competition. Modern Law Review. Vol. 23, número 5, septiembre 1960.
61. RUHLIN, Charles. Mexico's New Economic Competition Law – towards open, dynamic political economy in the North American free zone. Mimeo. 1994. 57 pp.
62. SAFRAIN, A.E. Competition Policy in a Global Economy, Foreign Direct Investment and International Cooperative Agreements: Trends and Issues. Symposium. October 1991. pp. 28.
63. SECOFI. Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos. Ed. Cavallari. México. 1993. pp. 73.
64. SULLIVAN, E. Thomas y Jeffrey L. Harrison. Understanding Antitrust and its Economic Implications. First reprint. Ed. Legal Text Series. United States of America. 1992. pp. 335.
65. TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1990.
66. TENA RAMÍREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808-1991. Ed. Porrúa. México. 1991.
67. TORRES LÓPEZ, Juan. Análisis económico del Derecho. Ed. Tecnos. España. 1987, 108 pp.
68. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission U.S.A., abril 2, 1992. 161 pp.
69. VARIAN, Hal. Microeconomía Intermedia. Trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia. 2ª reimpresión. Ed. Antonio Bosch. España. 1988. pp. 717.
70. VARIAN, Hal. R. Intermediate Economics, a Modern Approach. W.W. Norton & Company, Inc. U.S.A.

71. Varios, **Diccionario Jurídico Mexicano**. 2ª reimpresión. Ed. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1993. pp. 3272.
72. Varios, **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Ed. Libros Científicos. Argentina. 1991.
73. Varios, **Sistema Mexicano de Defensa contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional**. Ed. SECOFI. México. 1991. pp. 120.
74. Varios. Comisión Federal de Competencia. **"Informe Anual"**, 1993-1994. Ed. Talleres de Litográfica TURMEX. México, 1994. pp. 76.
75. Varios. **Ley Antimonopolios**. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva 1978-1980. Ed. Jurídica Chile. Chile. 1985. pp. 409.
76. Varios. Secretaría de Gobernación. **Adiciones y Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1992. pp. 264.
77. Varios. SECOFI. **¿Qué es el TLC?** Ed. Talleres de la Nación. México, 1993.
78. Varios. SECOFI. **Tratado de Libre Comercio de América del Norte**. Dictamen del Consejo Asesor. Ed. Matiz Gráfico. México, 1992. pp. 88.
79. Varios. SECOFI. **Tratado de Libre Comercio de América del Norte**. Dictamen del Consejo Asesor. Ed. Matiz Gráfico. México, 2000.
80. Varios. SECOFI. **Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos**. Revistas. Ed. SIC. México 1993. pp. 73.
81. WONNACOTT, Paul, Ronald J. Wonnacott, **Economics**, McGraw Hill, Inc., U.S.A. 1988.
82. ZULFI, Sadaque. **Competition Law Market Integration and the nafta: The Canadian Perspective**. Seminario realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Mayo de 1994.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. Adiciones y Reformas a la Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica. Diario Oficial de la Federación. 3 de enero de 1980. pág. 7.
2. Cámara de Diputados, Año II, T. II, No. 27, noviembre 25, 1980.
3. Cámara de Diputados, Año II, T. II, No. 35, diciembre 11, 1980.
4. Código de Comercio.
5. Código Federal de Procedimientos Civiles.
6. Código Federal de Procedimientos Penales.
7. Código Fiscal de la Federación.
8. Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
9. Decreto que adiciona los artículos 1, 5, 6 y reforma los artículos 19 y 23 de la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios. Diario Oficial de la Federación. 3 de enero de 1980. pág. 67.
10. Decreto que Reforma la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional. Diario Oficial de la federación 10 de enero de 1942. págs. 2-3.
11. Decreto que Reforma los artículos 1, 5 y 21 de la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios. Diario Oficial de la Federación 30 de diciembre de 1974. pág. 36-37.
12. Decreto que Reforma los artículos 19, 22 y 23 de la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios. Diario Oficial de la Federación 31 de diciembre de 1952. pág. 24.
13. Diario oficial de la Comunidad Europea. 31 de agosto de 1992.
14. Ftc Act.

15. Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1974. Tercera Parte. Tribunales Colegiados.
16. Ley Aduanera.
17. Ley de Aeropuertos.
18. Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.
19. Ley de Aviación Civil.
20. Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal.
21. Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.
22. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de interés público.
23. Ley del Impuesto Sobre la Renta.
24. Ley Federal de Competencia Económica.
25. Ley Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. 24 de diciembre de 1992.
26. Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
27. Ley Federal de Telecomunicaciones.
28. Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios. Diario Oficial de la Federación. 31 de agosto de 1934. pág. 1161-1163.
29. Sherman and Clayton.
30. Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Ed. MAC. México. 1991.
31. WISE, Michael. **“Review of Competition Law and policy in Mexico”**. OECD. 1999.

FUENTES JUDICIALES Y PÚBLICO ADMINISTRATIVAS

1. Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 148, p. 434, in re "A.M. Delfino & Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima".
2. Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 175, página 375, in re "Elena Carman de Cantón c/Nación s/pensión".
3. Comisión Federal de Competencia, Introducción a la Ley Federal de Competencia. 1994.
4. LIPERT HELGUERA, Christian. Análisis al proceso de competencia en México. Tesis Profesional, Universidad Anáhuac del Sur. 1996.