

CAPÍTULO TERCERO
REGULACIÓN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS O DERECHO
DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN SENTIDO ESTRICTO

I.	Introducción	113
II.	Prácticas restrictivas reguladas por la LFCE	113
1.	Monopolios	115
2.	Prácticas monopólicas	120
3.	Concentraciones	131
4.	Obstáculos al comercio entre estados	148
III.	Conductas que requieren una regulación especial.....	152
1.	Alianzas estratégicas o <i>joint venture</i>	152
2.	Licitaciones	155
3.	Asignación directa de cupos	157
IV.	Procedimientos y recursos	160
1.	Inicio de la investigación	161
2.	Procedimiento general	162
3.	Procedimiento sobre restricciones estatales al comercio ...	163
4.	Procedimiento de notificación de concentraciones	164
5.	Recurso de reconsideración	166
6.	Criterios de la SCJN	167

CAPÍTULO TERCERO

REGULACIÓN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS O DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN SENTIDO ESTRICTO

I. INTRODUCCIÓN

En México, la regulación de competencia en sentido estricto (de prácticas restrictivas, antimonopólicas o *antitrust*) es una materia relativamente nueva, ya que no obstante existir antecedentes de regulación que datan del siglo XIX, su aplicación ineficaz fomentó la creación y existencia de monopolios.

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) de 1993 surge imbuida de un espíritu de renovación y cambio generalizado propiciado por la modificación de la política económica nacional, consolidando la ruptura del esquema proteccionista, vía la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), como una medida cuyo objetivo es eliminar las distorsiones que obstruyen el funcionamiento de los mercados.

Ahora, a diez años de su entrada en vigor, las condiciones económicas, sociales y políticas en México han cambiado y paulatinamente se ha fomentado entre los empresarios mexicanos una cultura de competencia que antes no existía. Además, a la luz de los tratados de libre comercio suscritos por México, esta regulación se convierte en el único instrumento jurídico capaz de ordenar y regular los mercados nacionales y regionales.

En este capítulo analizamos la regulación nacional sobre prácticas restrictivas, destacando el importante papel que ha desempeñado la Comisión Federal de Competencia en la aplicación de la misma. Se estudian las diversas prácticas restrictivas reguladas por la LFCE, los procedimientos y recursos.

II. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS REGULADAS POR LA LFCE

México está inmerso en un profundo cambio en la orientación de su estrategia económica. Aunado a la reforma del Estado, se han impulsado

las medidas tendientes a eliminar distorsiones que dificultan el funcionamiento eficiente de los mercados. La revisión del marco regulatorio en que se desenvuelve la actividad económica ha permitido la eliminación o adecuación de leyes y reglamentos que limitaban la iniciativa y la actividad de productores y consumidores. La liberalización del comercio exterior y los acuerdos que en esa materia se han alcanzado con otros países, han permitido elevar la competencia en muchos mercados, al mismo tiempo que se beneficia al consumidor y se crea un marco de certidumbre para las relaciones comerciales. En última instancia, dos objetivos básicos han guiado el cambio en la estrategia: sentar las bases de una moderna economía de mercado que genere un crecimiento sostenido en el mediano plazo, y redefinir la función del Estado en la economía para que éste pueda ayudar en forma más efectiva a los que menos tienen.¹

La expedición de la Ley Federal de Competencia Económica es parte de este proceso de cambio. Esta ley moderniza nuestras disposiciones en materia de competencia y adecúa los instrumentos de intervención del Estado en la economía a los requerimientos de un país cuyos procesos de producción y distribución descansan cada vez más en la iniciativa de los particulares. La Ley Federal de Competencia Económica representa un viraje importante en la concepción de la forma de intervención del gobierno. Quedaron atrás las intervenciones asociadas a controles directos, ahora reemplazadas por un enfoque que busca fortalecer la capacidad autorregulatoria de los mercados y, en caso necesario, la acción directa del Estado para sancionar prácticas o concentraciones monopólicas.

La legislación en materia de competencia busca eliminar barreras artificiales a la participación de nuevas empresas en los diversos sectores; sanciona conductas anticompetitivas de agentes económicos con las que indebidamente desplazan a sus competidores del mercado; elimina ventas exclusivas; evita concentraciones que tengan como fin monopolizar los mercados; fomenta la creatividad de todos en la producción y comercialización de bienes y servicios; y, en términos más generales, crea las condiciones para que los agentes económicos exitosos sean aquéllos que produzcan con mayor eficiencia, que ofrezcan menores precios y mayor calidad, o que introduzcan nuevos y mejores productos o servicios. Al contribuir a través de mayor competencia a alcanzar más eficiencia, esta legislación de

¹ Cofeco, *Informe 93-94*, p. 10 y 11.

competencia fortalece el proceso de generación de empleos más productivos y mejor remunerados. Por estas razones, y a través de diversos mecanismos, la legislación de competencia contribuye a lograr equidad y asegurar la igualdad de oportunidades.

Las conductas anticompetitivas reguladas por la Ley Federal de Competencia Económica pueden clasificarse en tres rubros principales: a) monopolios y prácticas monopólicas, b) concentraciones, y c) restricciones al comercio entre entidades federativas.

1. *Monopolios*

Puede considerarse como monopolio toda empresa que se caracterice por:

- a) La posibilidad de establecer unilateralmente el precio.
- b) La supresión de la libertad de elección de los consumidores.
- c) La adopción de una política industrial y de ventas por parte del monopolista independiente de las condiciones de mercado y de la conducta de los demás competidores.

A decir de Juan R. Cuadrado Roura,² los monopolios y los oligopolios surgen y se mantienen por tres razones, que son otros tantos tipos de barreras de entrada al mercado:

1. El monopolio y el oligopolio pueden ser creados directamente por el Estado, que puede prohibir al resto de las empresas la producción de un producto o servicio, por lo que suelen denominarse monopolio u oligopolio legal.
2. También pueden ser consecuencia de que en esa actividad económica existen economías de escala tan importantes que una sola, o pocas empresas, pueden producir el producto total del sector a un coste más bajo del que resultaría si hubiese más empresas produciendo menos cantidad cada una, y entonces se denominan monopolio u oligopolio natural.

² Cuadrado Roura, Juan R., *Política económica. Objetivos e instrumentos*, 2a. ed., Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 487.

3. Por último, pueden resultar también de la presencia de otros factores que impiden que otras empresas puedan entrar en el mismo mercado, como pueden ser, en el caso del monopolio, el control exclusivo de un factor de producción o de una técnica protegida por una patente, y, en el caso del oligopolio, el reconocimiento de una marca, o el acceso a los puntos de venta. Desde un punto de vista dinámico, tanto uno como otro pueden formarse como consecuencia de fusiones o adquisiciones negociadas entre las grandes empresas del sector, o pueden ser el resultado de una fuerte lucha por el control del mercado, bien a través de la competencia de precios, bien por medio de absorciones hostiles.

Y agrega:

No tiene sentido económico tratar de desbaratar los monopolios y los oligopolios por el mero hecho de serlo, sino sólo cuando estas estructuras de mercado impliquen una ineficiencia, como consecuencia de la capacidad para influir en los precios, que se traduzca —a corto o largo plazo— en una pérdida de bienestar social. Por un lado, el gobierno debe actuar contra las consecuencias del *poder de mercado*, es decir, debe dirigirse contra las empresas que practiquen formas de competencia desleal, sobre todo por medio de reducciones salvajes de precios —discriminación de precios— con el fin de expulsar a otras empresas del mercado, y debe actuar también contra los aumentos injustificados de los precios que se produzcan como consecuencia de la colusión entre varias empresas o del ejercicio del poder de mercado de un monopolista. Pero, sobre todo, las autoridades deben actuar para *prevenir* o *eliminar* las circunstancias que propician la fijación de precios por parte de algunas empresas, y con este fin deben analizar la conveniencia de no permitir la realización de nuevas fusiones, así como la necesidad o no de intervenir para fragmentar o abrir a la competencia los monopolios ya existentes.³

La Ley Federal de Competencia Económica sanciona los monopolios siguiendo la prohibición constitucional en los siguientes términos: “Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comer-

³ *Ibidem*, pp. 490 y 491.

cialización de bienes o servicios”;⁴ sin embargo no proporciona una definición de lo que ha de entenderse por monopolio.

La derogada Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios era más precisa al definir al monopolio en su artículo 3o.:

Para los efectos de esta ley se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permiten 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.⁵

La jurisprudencia emitida por la SCJN, define el monopolio en los siguientes términos:

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 social; de manera que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores, el Decreto de 30 de agosto de 1927, que establece la bonificación del impuesto del 13% en favor de los industriales que acepten las tarifas de la Convención Industrial Obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional.

Quinta Época, Amparo en revisión 1916/28, Urrutia Escurra Martín, 12 de septiembre de 1928, unanimidad de once votos; Amparo en revisión 2251/28, Negociación Fabril de Soria, S. A, 24 de octubre de 1928, unanimidad de diez votos; Amparo en revisión 2465/28, M. Fernández y Fernández, 24 de octubre de 1928, unanimidad de diez votos; Amparo en revisión 2464/28, Urrutia Tomás, 29 de enero de 1929, unanimidad de cuatro votos; Amparo en revisión 1397/29, Ice Luis, 6 de diciembre de 1929, unanimidad de cuatro votos.⁶

⁴ Artículo 8o., LFCE.

⁵ Artículo 3o., LFCE.

⁶ Fuente: Apéndice de 1995, quinta época, Segunda Sala, t. III, parte SCJN, tesis: 109, p. 75.

ARTÍCULOS DE CONSUMO NECESARIO, REGLAMENTO SOBRE. ARTÍCULO 7O. BIS. CONSTITUCIONALIDAD. Las disposiciones contenidas en el Reglamento sobre Artículos de Consumo Necesario, al igual que las que establece la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios en que aquél se funda, son de evidente interés público y persiguen la finalidad esencial de combatir todas aquellas situaciones económicas que, contrariando de algún modo los mandatos del citado precepto constitucional, redunden en perjuicio de la colectividad o de alguna clase social. La mencionada Ley Orgánica prohíbe en los términos del artículo 28 constitucional, la existencia de monopolios y de estancos (artículo 1o.); *entiende por monopolios 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* (artículo 3o.); y presume tendientes al monopolio las bonificaciones al consumidor consistentes en la entrega de vales, cupones, contraseñas u objetos similares, que den derecho a una cantidad de dinero o efectos, sin sujeción a las disposiciones de los reglamentos de la ley (artículo 5o., fracción V).

Séptima Época, Amparo en revisión 560/73, Embotelladora Potosí, S. A. de C. V., 11 de octubre de 1973, unanimidad de cuatro votos; Amparo en revisión 630/73, Embotelladora del Norte, S. A., 11 de octubre de 1973, unanimidad de cuatro votos; Amparo en revisión 583/73, Embotelladora Herdomo, S. A., 25 de octubre de 1973, cinco votos; Amparo en revisión 2745/73, Bebidas Purificadas de Zacatecas, S. A., 5 de noviembre de 1973, cinco votos; Amparo en revisión 2599/73, Embotelladora San Marcos, S. A. de C. V., 17 de enero de 1974, cinco votos.⁷

Por otra parte, el TLCAN establece en su artículo 1505,

monopolio significa una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en un territorio de una parte, ha sido designado proveedor o comprador único de un bien o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento.

El mismo artículo del TLCAN introduce un concepto *novedoso* en la legislación mexicana, al considerar la existencia de monopolios guber-

⁷ Fuente: Apéndice de 1995, séptima época, Segunda Sala, t. III, parte SCJN, tesis: 15, p. 13.

mentales, siendo definidos como los monopolios “propiedad o bajo control, mediante participación accionaria, del gobierno federal de una parte o de otro monopolio de esa índole”.

El artículo 28 constitucional considera que “no existe monopolio” en relación con las actividades desarrolladas por el Estado o por sus organismos en áreas estratégicas, y los excluye de la aplicación de la legislación de competencia; no obstante, el TLCAN, en contravención a la disposición constitucional, pero siguiendo la teoría económica, habla de *monopolios gubernamentales*.

Uno de los elementos esenciales del monopolio es el daño o perjuicio que se cause a la sociedad, tal como lo revela el siguiente criterio jurisprudencial:

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. NO CONSTITUYE UN MONOPOLIO DE LOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL. La circunstancia de que la prestación del servicio de seguridad social para los trabajadores regidos por el apartado A del artículo 123 constitucional, esté encomendada esencialmente al Instituto Mexicano del Seguro Social, no es razón suficiente para considerar que dicho organismo constituye un monopolio de los prohibidos por el artículo 28 constitucional, dado que *un elemento consecuencial básico en la calificación del monopolio es el perjuicio a la sociedad o a una clase social*, sin que pueda admitirse que el aludido Instituto ocasione tal perjuicio pues, al contrario, es una de las instituciones destacadas de la justicia social en México que ha permitido proteger a la clase trabajadora y ha proporcionado servicios importantes en distintos rubros en beneficio de la sociedad mexicana en su conjunto, dado su carácter de organismo público descentralizado dedicado a la prestación del servicio público de seguridad social, mediante el cual se garantizan los derechos a la salud, a la asistencia médica y a los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.

Amparo en revisión 1543/94, Dubois Química, S.A. de C.V., 26 de febrero de 1996, unanimidad de once votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón, secretaria: Irma Rodríguez Franco.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número LV/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis.⁸

⁸ Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, t. III, abril de 1996, tesis, P. LV/96, p. 121.

Un segundo elemento para la determinación jurídica de existencia de un monopolio es que genere un beneficio a determinadas personas.

VEHÍCULOS PROPULSADOS POR MOTORES TIPO DIESEL Y POR MOTORES ACONDICIONADOS PARA USO DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO, CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA 1966, QUE REFORMÓ EL ARTÍCULO 4O. DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE (MONOPOLIOS). Al señalar el artículo 32 de la Ley de Ingresos de la Federación para 1966 una tarifa con cuotas mayores para los vehículos propulsados por gas, se han tomado en cuenta el precio y demás condiciones económicas del gas licuado de petróleo, de manera que las ventajas que éste tiene sobre el diesel justifican la elevación del impuesto, quedando quienes se dedican al servicio del transporte en libertad de utilizar el combustible que más les acomode, tomando en cuenta correlativamente el impuesto que grava los vehículos de una u otra clase; y por esta situación de libertad *no puede considerarse como un monopolio, porque no produce ninguna ventaja a favor de determinada clase de personas*, y por consiguiente no es exacto que infrinja el artículo 28 constitucional.

Séptima época, Amparo en revisión 10142/66, Rente un Tanque, S. A., 2 de julio de 1968, unanimidad de veinte votos; Amparo en revisión 10141/66, Gas de Hidalgo, S. A. y otro, 31 de marzo de 1970, unanimidad de dieciocho votos; Amparo en revisión 8454/66, Gas Comercial e Industrial, S. A., 11 de agosto de 1970, unanimidad de diecisiete votos; Amparo en revisión 3740/69, Combustible, S. A., 25 de agosto de 1970, unanimidad de diecisiete votos; Amparo en revisión 9690/68, Pre-Concreto, S. A., 6 de octubre de 1970, unanimidad de dieciséis votos.⁹

Ni la LFCE ni su reglamento presentan una definición de lo que ha de entenderse por monopolio, limitándose a reconocer la disposición constitucional que permite la existencia de ciertos monopolios (los que llamamos *monopolios permitidos*).

2. *Prácticas monopólicas*

Son conductas que producen los mismos beneficios del monopolio a las empresas, con la diferencia de que en ellas intervienen dos o más empresas.

⁹ Fuente: Apéndice de 1995, séptima época, Pleno, t. I, parte HO, tesis: 411, p. 384.

Las prácticas monopólicas son clasificadas en dos tipos: prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas.

Las prácticas monopólicas absolutas, o acuerdos horizontales, se presentan entre competidores reales o potenciales, y pueden reducir o eliminar la competencia por medio de la fijación de precios, limitaciones a la producción, división de mercados, reparto de clientes o manipulación de licitaciones. Las prácticas monopólicas relativas, o acuerdos verticales, se realizan entre agentes económicos colocados en etapas sucesivas de un proceso productivo y sus efectos no necesariamente son anticompetitivos.

A. Prácticas monopólicas absolutas

Son realizadas por agentes económicos que son competidores entre sí. La Ley Federal de Competencia presenta, en su artículo 9o., una serie de conductas a las que atribuye el carácter de prácticas monopólicas absolutas. Para que este tipo de prácticas sean sancionadas no es indispensable ningún requisito adicional, salvo la existencia misma de la conducta.

Las prácticas absolutas se refieren a arreglos entre competidores para dividirse el mercado o fijar precios. Se trata por tanto de arreglos colusivos entre competidores para imponer condiciones favorables a los participantes en el arreglo perjudicando a los demás, sean estos consumidores u otros competidores no participantes en el arreglo. De esta manera se elimina la competencia entre los agentes coludidos con serias repercusiones sobre el bienestar al imponer precios mayores a los que prevalecerían en una situación de competencia, y similares a los de un monopolio, en el caso de la colusión entre vendedores; o de precios menores, y similares a los de un monopsonio, cuando la colusión es entre compradores. Este tipo de prácticas, al tender a producir situaciones *de facto* similares a las que prevalecerían en un mercado monopolizado, pero sin las ganancias en eficiencia productiva que pudieran acompañar a la concentración abierta de los productores coludidos en una sola empresa, raras veces pueden tener justificación en términos de eficiencia.¹⁰

¹⁰ García de Alba Iduñate, Pascual, “Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia”, en Cofeco, *Informe de competencia económica, segundo semestre de 1996*, México, 1997.

Conforme al artículo 9o. de la LFCE:

Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

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

Conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *agente económico* es entendido como:

...aquel sujeto que interviene en la actividad económica, esto es dentro del conjunto de factores relativos a la producción, intercambio y consumo de un producto y, según su actividad, se distinguen en agentes de producción y agentes de consumo; y de acuerdo con su nivel de análisis, pueden agruparse en individuales o microeconómicos, intermedios y macroeconómicos.¹¹

En este tipo de prácticas no se realiza ninguna evaluación sobre la intención del agente económico ni de los efectos que realmente produjo esta práctica en el mercado. Su simple realización supone que se trata de prácticas que reducen o limitan la competencia. La forma en que se evalúan estas conductas es descrita por Pascual García Alba, quien explica:

...dependiendo de la disponibilidad de información, en el caso de colusión para aumentar los precios, la Comisión considera la diferencia de los precios

¹¹ Cofeco, *Informe de Competencia Económica 2001*, p. 37.

de antes y de después del arreglo colusivo y la multiplica por el promedio del volumen de ventas antes y después de dicho arreglo colusivo, lo cual es una medición adecuada del daño producido por los infractores a sus clientes...¹²

El RLFCE considera *indicios* de la existencia de una práctica monopólica absoluta, las instrucciones o recomendaciones que emitan las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados con el objeto o efecto de realizar las conductas previstas en el artículo 9o. de la ley (artículo 5o. RLFCE).

Son indicios de la realización de las conductas a que se refiere la fracción I del artículo 9o. de la Ley, entre otros, que:¹³

I. El precio de venta ofrecido en territorio nacional para dos o más competidores de bienes susceptibles de intercambiarse internacionalmente sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o distribución; y

II. Dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta que emita una cámara empresarial o cualquier competidor.

De acuerdo a sus características, las conductas reguladas por el artículo 9o. de la LFCE pueden ser denominadas:

- a) Acuerdos de precios entre competidores (fracción I).
- b) Acuerdos entre competidores para limitar la oferta (fracción II).
- c) Acuerdos entre competidores para dividir mercados (fracción III).
- d) Coordinación de posturas en licitaciones públicas (fracción IV).

Llama la atención que el porcentaje de investigaciones de este tipo de prácticas sea tan bajo en comparación con el porcentaje de prácticas monopólicas relativas, y más aún que de dichas investigaciones sólo una cantidad mínima sean sancionadas. García de Alba explica esta situación por los siguientes factores:

No obstante lo grave de las prácticas absolutas, es poco común que la Comisión reciba demandas al respecto bien estructuradas, que permitan docu-

¹² García de Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 10, p. 102.

¹³ Artículo 5o., RLFCE.

mentarlas. En buena medida esta situación se debe a que la parte afectada es en muchas ocasiones un sector de la población muy disperso. Por ejemplo, si los productores de un mercado se ponen de acuerdo para elevar su precio, los afectados serán todos los consumidores del producto o servicio correspondiente. El daño puede ser muy elevado, porque afecta a muchas personas, pero no lo suficiente en lo individual para que alguna de ellas se tome la molestia y asuma el costo de proceder con una denuncia. Por ello, las actuaciones de la Comisión en esa área que han conducido a determinaciones y sanciones han correspondido las más de las veces a investigaciones de oficio.¹⁴

Debemos tomar en cuenta además que la vigencia de la Ley Federal de Competencia Económica cumple una década, por lo que el proceso de conocimiento de la ley no puede realizar el cambio de actitudes arraigadas durante décadas en México, sin embargo, paulatinamente la cultura de competencia se va instalando con mayor fuerza, sobre todo al impulso de la apertura comercial y de la expansión en México de empresas transnacionales.

En el informe 1993-1994 se notificaron 86 proyectos de concentración, 18 consultas, se iniciaron 16 investigaciones de oficio en diversos sectores de la economía y la comisión recibió 22 denuncias de posibles prácticas monopólicas, y de 17 que resolvió, 16 fueron desechadas por ser notoriamente improcedentes; y a decir de la comisión “Esto no es sorprendente, ya que se trata de un campo novedoso del quehacer jurídico en México, sobre el cual se cuenta con poca experiencia”.¹⁵

En el periodo de 1994 a 1995 se presentaron 17 denuncias sobre supuestas prácticas monopólicas, desechándose trece por no reunir los requisitos mínimos necesarios para poder sustanciar el procedimiento correspondiente, quedando cuatro en estudio. Se efectuaron 28 estudios previos a la investigación de oficio, de los cuales se iniciaron formalmente investigaciones en 21 casos, de los cuales se concluyeron once. Del total de 45 denuncias presentadas e investigaciones de oficio, trece correspondieron a prácticas monopólicas y 32 a prácticas monopólicas relativas.

El informe que cubre el periodo 1995-1996 destacó la importancia de combatir las prácticas anticompetitivas y promover la competencia económica conforme al Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 y al Programa de Política Industrial y Comercio Exterior. La Comisión Federal de Compe-

¹⁴ García de Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 10, p. 103.

¹⁵ Cofeco, *op. cit.*, nota 1, p. 12.

tencia consolidó los avances de la política de competencia considerando los siguientes factores económicos:

- La tendencia de la globalización de la economía mundial y su creciente influencia sobre la evolución de los negocios en México.
- El proceso de privatización de empresas públicas y liberación en algunos sectores claves de la economía nacional.
- La necesaria reestructuración financiera planteada por diversas empresas.
- La experiencia derivada del desahogo de denuncias e investigaciones de oficio, durante sus primeros tres años de labores.

El informe correspondiente al segundo semestre de 1996 da cuenta de la labor de la Comisión Federal de Competencia durante dicho periodo, permitiendo que a partir de 1997 los informes de la comisión abarquen un año de calendario. Según este informe, desde el establecimiento de la comisión en junio de 1993 hasta diciembre de 1996, se recibieron 782 casos de prácticas monopólicas, concentraciones, privatizaciones, concesiones, permisos y consultas. Al final de ese periodo se habían concluido 691.

Las denuncias e investigaciones de oficio contra prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia ascendieron a 125 en el periodo 1993-1996. La proporción más elevada de denuncias se recibió durante el primer año de labores como consecuencia de las expectativas que generó el establecimiento de la comisión. El desconocimiento de la ley y la inexperiencia de los denunciantes explican la conclusión por desecamiento del 90% de los casos terminados en ese primer ejercicio.

Según el informe de 2001, la Comisión Federal de Competencia resolvió 64 investigaciones de prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia. En trece de ellos hubo violación a la ley, por lo que el pleno resolvió sancionar o imponer condiciones para eliminar el daño a la competencia. De ellas sólo nueve correspondieron a prácticas monopólicas absolutas (aproximadamente 15% de los asuntos concluidos).

B. *Prácticas monopólicas relativas*

Se realizan entre agentes económicos no competidores. Las prácticas monopólicas relativas se evalúan aplicando criterios económicos. Esta categoría incluye varias limitaciones verticales, tales como los territorios ex-

clusivos, el mantenimiento de precios de reventa, las ventas condicionadas y los agentes exclusivos, así como otras prácticas tales como los boicots de grupo, la negativa a negociar, la discriminación de precios y la fijación de precios predatores.

Este tipo de prácticas, también denominadas *acuerdos verticales*, son celebradas comúnmente entre compradores y vendedores, en alguna fase de la cadena productiva,¹⁶ y como se ha mencionado no son considerados ilegales en sí mismos, sino que para ser sancionados requieren de un análisis detallado de competencia.

Las prácticas monopólicas relativas consisten en actos, contratos, convenios o combinaciones realizadas por agentes económicos con poder de mercado, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirle sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Estas conductas reducen significativamente el número de competidores reales y potenciales en los mercados afectados o ponen en desventaja a la mayoría de los participantes. Situaciones como estas disminuyen la competencia con los consabidos impactos negativos sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores: oferta inferior, menores opciones en bienes y servicios, y mayores precios con respecto a mercados competitivos.¹⁷

La LFCE en su artículo 10 considera prácticas monopólicas relativas a 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 a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

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

¹⁶ Cofeco, *Informe de competencia económica*, México, 1997, p. 68.

¹⁷ *Idem*.

- III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distingible, 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 disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
- V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
- VI. La concentración 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.

Dichas prácticas pueden ser denominadas, atendiendo a sus características, y a la clasificación de la Cofeco, como:

- Restricciones verticales en cadenas de distribución (artículo 10, fracción I y II).
- Ventas atadas o vinculadas (artículo 10, fracción III).
- Exclusividad en operaciones de compra o venta (artículo 10, fracción IV).
- Denegación de trato (artículo 10, fracción V).
- Boicot (artículo 10, fracción VI).
- Otras prácticas monopólicas relativas (artículo 10, fracción VII).

Dado que la fracción VII del artículo 10 habla en general de todo acto que limite o impida la competencia, el artículo 7o. del RLFCE precisa:

Artículo 7o. Se consideran prácticas comprendidas en la fracción VII del artículo 10 de la Ley, entre otras:

- I. La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable;¹⁸

¹⁸ “Las ventas por debajo de costos actualizan los supuestos de la fracción VII del artículo 10 cuando: 1) son efectuadas por empresas con poder sustancial sobre el mercado relevante, 2) tienen como efecto u objeto el desplazamiento indebido de otros agentes económicos”

- II. El otorgamiento de descuentos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de exclusividad en la distribución o comercialización de los productos o servicios, cuando no se justifique en términos de eficiencia;
- III. El uso persistente de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta de un bien o servicio para financiar pérdidas en otro bien o servicio;
- IV. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones; o
- V. La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea o pueda ser incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

Para que dichas prácticas se consideren violatorias de la LFCE, debe comprobarse que: a) se realice respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate y b) que el agente económico tiene poder sustancial sobre el mercado relevante.

a. Delimitación del mercado relevante

El mercado relevante es el ámbito en el cual se agrupan los productos o servicios que son sustituibles entre sí en términos de uso y precio, considerando las características de los productos, su localización geográfica y la oportunidad para acceder a los mismos. La ley no define el mercado relevante sino que enlista criterios a considerar que deben evaluarse en cada caso.

La determinación del mercado relevante se realiza atendiendo a dos supuestos: el territorial y el de producto. Los criterios que deben tomarse en cuenta para la determinación del mercado relevante son:¹⁹

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

cos en el mercado, y 3) dañan la competencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Estos tres aspectos se sintetizan en la capacidad de la empresa para desplazar a otros agentes económicos, a través de la fijación unilateral de precios inferiores a sus costos y a los de la competencia, depredación de precios, en el mercado relevante". *Ibidem*, pp. 72 y 73.

¹⁹ Artículo 12, LFCE, y 9o. y 10 del RLFCE.

- Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones, y del extranjero.
- Los costos y probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados.
- Las 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 proveedores a clientes alternativos.

En síntesis, los criterios básicos para determinar un mercado relevante son: posibilidades de sustitución del bien, costo de distribución de los sustitutos y probabilidades, y restricciones de los consumidores para acudir a otros mercados.

En el informe del segundo semestre de 1996, un estudio del Dr. Pascual García Alba²⁰ describe el procedimiento usado por algunas autoridades de competencia para delimitar el mercado relevante, señalando que uno de los métodos más empleados es el que establecen los *Merger Guidelines* de la División del Departamento de Justicia y de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de Norteamérica.²¹

De manera un tanto simplificada, los procedimientos usualmente utilizados consisten en los siguientes pasos. Primero se considera un mercado que incluye sólo al producto A y se analiza si un monopolista hipotético podría subir el precio de A de manera significativa. Si la respuesta es sí, entonces se define el mercado relevante como el que incluye sólo a A. Si es no, entonces se adiciona al mercado de A el mercado de otro producto B, donde B es el mejor sustituto en el consumo de A. Mejor sustituto de A significa aquel producto para el que aumenta el valor de la demanda en un monto mayor ante un incremento del precio de A, manteniendo constantes todos los demás precios. A este nuevo mercado constituido por A y B se le aplica la misma prueba. Si un monopolista en A y B pudiera subir significativamente el precio de A, el mercado constituido por A y B se toma como el mercado relevante de A. Si no, se siguen adicionando mercados de productos que sean sustancialmente los mejores sustitutos del correspondiente al último

²⁰ Para un análisis detallado y ejemplos de casos particulares véase García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 10, p. 114.

²¹ Department of Justice and the Federal Trade Commission, *1992 Horizontal Merguer Guidelines*, april, 2, 1992.

grupo de productos analizados, hasta que un monopolista hipotético pudiera subir el precio de A sustancialmente por encima del de competencia, y se adopta como mercado relevante el correspondiente a la última iteración.

Siguiendo a Pascual García Alba consideramos que el inconveniente de este procedimiento es que puede desviar el análisis hacia la definición de mercados poco relevantes para el análisis de los casos concretos, situación que además de complicar el análisis innecesariamente resta seguridad jurídica a los agentes involucrados.

b. Determinación del poder sustancial en el mercado relevante

Una vez que se ha determinado el mercado relevante, se analiza si el agente económico dentro de ese mercado tiene o puede adquirir la capacidad para fijar precios o para restringir el abasto o suministro en el mercado, desplazar a otros agentes económicos o impedirles su acceso al mismo, sin que ningún otro agente pueda contrarrestar dicho poder.

Para determinar si un agente tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:²²

- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.
- La existencia y poder de sus competidores.
- Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.
- Su comportamiento reciente.
- El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante.
- La falta de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

²² Artículo 13, LFCE y 12, RLFCE.

La determinación de poder sustancial en un mercado relevante debe hacerse en función de la participación de los agentes económicos, es decir, la parte que dicho agente abastece o le corresponde en dicho mercado. La participación puede ser evaluada con base en el volumen de ventas, número de clientes, capacidad de producción, etc. Sin embargo, la comisión ha considerado el valor monetario de las ventas totales del mercado relevante, toda vez que son más confiables y su interpretación más objetiva, sin perjuicio de considerar indicadores como volumen, peso, etc.

Del total de prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia resueltas en 2001, el 75% de los asuntos correspondieron a prácticas de este tipo, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia, 2001
Por asunto investigado

Concepto	Suma	Denuncias	Investigaciones de oficio
Total	64	46	187
Prácticas monopólicas absolutas	9	4	5
Prácticas monopólicas relativas	48	41	7
Prácticas monopólicas absolutas y relativas	6	1	5
Barreras técnicas al comercio interestatal	1	—	1
1. Casos cuya revisión se ha concluido en la esfera administrativa			

Fuente: Cofeco, *Informe de competencia económica 2001*.

3. Concentraciones

La LFCE agrupa bajo la denominación de concentraciones: las fusiones, adquisiciones 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...” (artículo 16, LFCE). La Comisión Federal de Competencia sanciona sólo aquellas concentraciones que tengan el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y

libre concurrencia en un mercado. Se trata de concentraciones de mercados y lejanamente de propiedad.

Algunas operaciones presentan riesgos para la competencia, pero generan ganancias en eficiencia económica, derivadas del aprovechamiento de economías de escala o de sinergias en los procesos productivos. Para eliminar tales riesgos, la Comisión sujeta este tipo de operaciones a condiciones que pueden consistir en la desconcentración de plantas, establecimientos, marcas u otros activos intangibles, entre otras.²³

La ley establece un mecanismo de notificación previa a la concentración que permite mantener un control de las fusiones que se realicen. Es un mecanismo de gran utilidad ya que permite que antes de que la concentración se realice, la comisión pueda condicionarla o incluso impedir su realización. Es decir, el tratamiento es más preventivo que represor.

Las concentraciones son fundamentalmente adquisiciones o fusiones. El marco jurídico de éstas se compone fundamentalmente de los siguientes ordenamientos:

- Ley General de Sociedades Mercantiles
- Legislación mercantil: Código de Comercio y Ley de Títulos y Operaciones de Crédito
- Ley Federal de Competencia Económica
- Ley de Inversión Extranjera
- Leyes administrativas: en caso de empresas que gocen de una autorización, previo permiso o concesión.
- Régimen aplicable a la propiedad intelectual. Ley Federal sobre Derechos de Autor y Ley de Propiedad Industrial
- Régimen fiscal federal y local
- Régimen aplicable a sociedades especiales: instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto limitado, organizaciones auxiliares del crédito, casas de cambio, casas de bolsa, sociedades de inversión, aseguradoras y afianzadoras.

²³ En el 2001, ocho operaciones de concentración quedaron sujetas a condiciones, entre las que se encuentran las de Citigroup Inc. y Grupo Financiero Banamex Accival; Assa Abolí AB y Grupo Industrial Phillips; y el Paso Energy International Company, Pemex-Gas, Pemex-Petroquímica Básica y Gasoductos de Chihuahua. Cofeco, *Informe de competencia económica 2001*.

El proceso de adquisición de empresas sigue fundamentalmente los siguientes pasos:

1. Carta de intención del adquirente.
2. Acuerdos preliminares.
3. Auditoría de compra para fijar el valor de las acciones a ser adquiridas.
4. Fijación de precio de las acciones.
5. Asamblea de accionistas autorizando la venta de acciones.
6. Contrato de compraventa de acciones (parcial o total).
7. Fijación del esquema de garantía para definir el valor real de las acciones adquiridas.
 - Fideicomiso de garantía.
 - Pago parcial de las acciones, reservándose el resto del valor durante un determinado tiempo, entregándose éste una vez que se verificó el valor definitivo de las acciones adquiridas.

Por lo que se refiere a las fusiones, éstas pueden ser de dos tipos:

- a) Por integración. Ambas empresas se constituyen como fusionadas y fusionantes, disolviéndose para dar lugar a una nueva sociedad.
- b) Por absorción o incorporación. Una empresa fusionante adquiere una empresa fusionada, subsistiendo la primera y extinguiéndose la segunda.

El proceso de fusión, conforme a los artículos 222 a 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en términos generales, inicia con el acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de accionistas de cada una de las sociedades a fusionarse, autorizando la fusión; se debe dar la protocolización e inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio y la publicación del acuerdo de fusión y los estados financieros.

La fusión surte efectos inmediatamente si se acordó el pago de las deudas de las sociedades con los acreedores, o tres meses de hecha la inscripción sin haber mediado oposición de los acreedores, pero si existe oposición de los acreedores a la fusión, ésta surtirá efectos hasta que exista sentencia ejecutoriada, en donde se determine que no hay bases para la oposición.

Los principales efectos de la fusión, y que hay que tener en cuenta al momento de realizarla, son los que se refieren a los socios, a terceros (como es el caso de los acreedores); en el caso de los trabajadores se da un efecto de

sustitución patronal, y por supuesto es indispensable tener presentes los efectos fiscales.

A. Procedimiento preventivo: notificación de concentraciones

La ley establece un procedimiento de *notificación previa* (artículo 20), por el cual las concentraciones deben ser notificadas a la comisión antes de realizarse si:

- a) 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 (extensión de la transacción).
- b) Si la transacción importa, 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 para el Distrito Federal (extensión de la meta).
- c) 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 4 millones 800 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (extensión de las partes).

El artículo 20 de la LFC dispone que las concentraciones que actualizan alguno de los supuestos contemplados en dicha disposición deben notificarse antes de realizarse.

La obligación de notificar las concentraciones que rebasan ciertos montos, establecida en el artículo 20 de la Ley, ha permitido que la Comisión capte oportuna y adecuadamente la evolución de los mercados y de las condiciones de competencia. La experiencia de estos años confirma la validez de las notificaciones en la prevención eficaz de las concentraciones monopólicas. Gracias a ellas la supervisión de la Comisión se ha centrado en las operaciones y los mercados que presentan mayores posibilidades de transformaciones anticompetitivas.²⁴

²⁴ Cofeco, *Informe 2000*.

La comisión ha considerado que las partes pueden celebrar negociaciones antes de realizar dicha notificación, siempre y cuando las sujeten a condiciones suspensivas a verificarse con posterioridad a la notificación. La obligación de notificar una concentración, cuando procede, recae sobre ambas partes. Sin embargo, el agente económico que concentra es el primer obligado a notificar, aun cuando la obligación pueda ser cumplida por la parte que enajena o transfiere. En el supuesto de fusiones por integración, ambas partes están obligadas a notificar la operación.²⁵

La comisión analiza las concentraciones clasificándolas en cuatro tipos: horizontales, verticales, diversificaciones y reestructuraciones corporativas. Las concentraciones horizontales son aquéllas que se realizan entre empresas que compiten en el mercado relevante. Las concentraciones verticales se realizan entre empresas que participan en mercados distintos de las cadenas productivas y de distribución. Las diversificaciones asocian empresas ubicadas en distintos mercados relevantes sin relación en términos de las cadenas citadas. Finalmente, las reestructuraciones corporativas²⁶ se refieren a empresas que forman parte de un mismo grupo.²⁷

El procedimiento de notificación de concentraciones se inicia mediante la presentación de la notificación acompañada del cuestionario de notificación debidamente requisitado. La Cofeco revisa que la documentación presentada esté completa y en su caso solicita información adicional (dicha información puede solicitarse con fundamento en el artículo 21 o en el artículo 31 de la ley). La información es solicitada con base en el artículo 21 cuando no han transcurrido más de 20 días naturales contados desde la notificación.

La comisión debe resolver dentro de los 45 días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, de la recepción de la información solicitada mediante prevención, o en su caso, a partir de la recepción de la información adicional requerida. En casos excepcionales, el presidente de la comisión puede ampliar el plazo hasta por 60 días naturales.

²⁵ Cofeco, *op. cit.*, nota 1, p. 26.

²⁶ “Se considera que una operación conlleva una reestructuración corporativa cuando las razones por las que se realiza la concentración son meramente operativas, sin implicar cambio alguno en el control efectivo de las empresas involucradas. En estos casos se estudia la estructura accionaria antes y después de la concentración, así como el grado de control que tienen los participantes en la transacción”. *Ibidem*, p. 28.

²⁷ Cofeco, *Informe 1998*, p. 23.

Con el objeto de dar mayor seguridad jurídica a los agentes económicos que notificaron una concentración y la Comisión omitió emitir una resolución dentro de los cuarenta y cinco días naturales contados a partir de la recepción de la notificación o en su caso, de la documentación adicional solicitada, los agentes económicos podrán solicitar se expida constancia de no objeción, y la Comisión deberá expedirla dentro de los cinco días siguientes a la presentación de dicha solicitud.²⁸

Los criterios de interpretación del la Comisión de Competencia con relación a concentraciones son los siguientes:

1. Cuando se trate de reestructuraciones operativas o administrativas de empresas del mismo grupo económico o grupo de control, para lograr una asignación más eficiente de los recursos, disminución de gastos y costos de operación y administración, no se puede considerar como un riesgo a la competencia, es decir, no tendría efectos adversos sobre el funcionamiento eficiente de los mercados a los que se refiera por lo que no se afectará el proceso de libre competencia y libre concurrencia.
2. No se puede hablar de concentración económica cuando las empresas involucradas no participan en la prestación de los mismos servicios en el mismo lugar.
3. Cuando exista un número considerable de participantes y gran variedad de sustitutos, se podrá entender a la concentración como el fortalecimiento de la presencia de la empresa en un mercado donde existan competidores de mayor peso, favoreciendo la competencia a través de nuevas inversiones y el incremento en la capacidad instalada para la distribución del producto facilitando la interconexión de la nueva infraestructura (no se debe limitar la entrada de competidores).
4. En una transacción internacional, no se pondrá en riesgo la competencia en territorio nacional, cuando:
 - La misma corresponda a empresas cuya producción se destina al mercado de otro país.
 - No existe fabricación nacional de los productos que integran el mercado relevante, por lo que los consumidores deben adquirirlos del extranjero.

²⁸ Prado Robles, Luis y Elizondo Castro León, Ricardo, “VI. Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica”, en Cofeco, *Informe anual 1997*, p. 144.

- Se enfrente a competencia de otras empresas internacionales (integradas verticalmente y con tecnología propia).

En 2001, de 720 asuntos que recibió la Cofeco en total, 324 correspondieron a concentraciones. Durante el 2001, la comisión admitió 243 notificaciones de concentración y 57 avisos de concentración. Estos últimos están previstos en el artículo 21 del reglamento de la ley, el cual simplifica la obligación de notificación prevista en la ley y se aplica a reestructuraciones corporativas de empresas que pertenecen a un mismo grupo de interés.²⁹

B. *Sanción de concentraciones*

De acuerdo con el artículo 16 de la LFCE “... La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados”.

Al analizar cada caso de concentración, la comisión toma en cuenta diversos factores:³⁰

- a) No todos los mercados están igualmente integrados. En general, los mercados de bienes son más abiertos que los de servicios.
- b) No obstante la apertura, no todos los mercados han alcanzado o pueden alcanzar el mismo nivel de globalización y competencia.
- c) Existen otras barreras de entrada que deben ser tomadas en cuenta al evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia. Tal es el caso de los gastos de publicidad, las redes de distribución que se requieren para entrar en un mercado, el costo de inversión, etc.

Las sanciones contempladas por la ley, y que en consecuencia son las que puede establecer la Comisión Federal de Competencia, son:

- Suspensión, corrección o supresión de la concentración (artículo 35, fracción I).

²⁹ Cofeco, *Informe 2001*, p. 30.

³⁰ Cofeco, *op. cit.*, nota 27, pp. 25-28.

- Desconcentración parcial o total de lo que hay concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda (artículo 35, fracción II).
- Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente (SMGV) para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna concentración prohibida (artículo 35, fracción VI).
- Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el SMGV en el Distrito Federal por no haber notificado la concentración en el término de la ley (artículo 35, fracción VI).

El artículo 17 dispone que:

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

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

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

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

A efecto de determinar si una concentración es ilegal, se debe analizar si presenta efectos perjudiciales para el proceso de competencia y libre concurrencia, para lo cual es necesario analizar si ellas confieren a las partes un poder sustancial en el mercado relevante.

Conforme al artículo 18 de la LFCE, para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en términos de la ley, la comisión debe considerar: 1) el mercado relevante en los términos del artículo 12 de esta ley; 2) la identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate y su poder en el mercado relevante; y 3) el grado de concentración en dicho mercado.

En la investigación de las concentraciones deben seguirse los criterios de medición que permitan comprobar el poder sustancial en el mercado relevante, tal como se establece en los artículos 12 y 13 de la LFCE en los

términos que hemos expresado con anterioridad y en adición se emplean los índices de concentración que comentaremos posteriormente.

Las concentraciones entre agentes que participan en un mismo mercado relevante tienen claros efectos en la competencia, cuando intervienen uno o más agentes con participaciones sustanciales de mercado o se efectúan entre empresas que enfrentan a grandes competidores. En ambos casos el impacto inmediato es una mayor participación de mercado del agente resultante de la concentración y una reducción en el número de competidores. Sin embargo, sólo las concentraciones horizontales integradas por empresas de gran tamaño suelen implicar riesgos a la competencia. En cambio, las concentraciones de ese tipo realizadas entre empresa menores que enfrentan grandes competidores son generalmente procompetitivas. Esto se ha observado, por ejemplo, en algunos casos de concentraciones bancarias.³¹

Respecto al poder sustancial que pudiera tener una empresa no se puede considerar que ésta lo tiene, aun cuando sea la única en ese ramo en el país, cuando su orientación es hacia el mercado externo y compite con importadores. El poder de negociación debe ser tomado en cuenta para determinar el poder sustancial de la empresa en cuestión.

La oferta nacional, la excedencia de la demanda, apertura comercial, la ausencia de barreras de entrada y la posición que pueda tener, o tenga, la empresa a nivel internacional, deberán tomarse en cuenta para determinar si las concentraciones ponen en peligro la competencia y la libre concurrencia.

C. Cálculo de los índices de concentración

Para determinar la concentración existente en un mercado y el poder sobre el mercado que alcanzará determinado agente económico, es necesario contar con parámetros que permitan cuantificar los grados de concentración mediante un análisis de concentración.³² Los índices que se aplican comúnmente son el índice de Herfindahl-Hirschman y el índice de dominancia.

³¹ Cofeco, *op. cit.*, nota 24.

³² “Por análisis de concentración se entiende aquí la evaluación de la estructura de un mercado, no el análisis completo de la competencia de una transacción mediante la cual se concentren dos o más empresas. Este análisis tiene como propósito aquilar el grado de

El índice de concentración Herfindahl-Hirschman es una medida común del grado de concentración de un mercado; se obtiene como la sumatoria de la participación al cuadrado de las empresas que forman parte del mercado. Dicho índice tiene un valor mínimo de 0 y máximo de 10,000; el último caso es cuando el mercado está compuesto por una empresa con el 100% de participación.

Conforme a los criterios del Departamento de Justicia de Estados Unidos se aplican los siguientes criterios conforme a los niveles de concentración:

<i>Índice post concentración</i>	<i>Incremento del HHI</i>	<i>Comentario</i>
HHI<1000	—	Se considera un mercado desconcentrado. Operaciones que resulten en mercados no concentrados probablemente no tendrán efectos sobre la competencia, por lo que no requerirán mayores análisis.
Variación < 100		Se considera un mercado moderadamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos inferiores a 100 puntos probablemente no tendrán efectos negativos sobre la competencia por lo que no requerirán mayor análisis.
1000<HHI<1800	Variación > 100	Se considera un mercado moderadamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos superiores a 100 puntos posiblemente no tengan efectos sobre la competencia. Se requiere un análisis más detallado.

concentración de la participación de las diversas empresas que en este mercado operan. Para ello se recurre al cálculo de índices de concentración, a partir de la participación de cada una de las empresas o agentes económicos..”, García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 10, p. 125.

	Variación < 50	Se considera un mercado altamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos inferiores a 50 puntos, incluso en el caso de mercados altamente concentrados, probablemente no tendrán efectos adversos en la competencia, por lo que requerirán mayor análisis.
HHI > 18000	50 < Variación < 100	Se considera un mercado altamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos mayores a 50 puntos en mercados altamente concentrados, posiblemente tengan efectos sobre la competencia. Se requiere un análisis más detallado.
	Variación > 100	Se considera un mercado altamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos mayores a 100 puntos en mercados altamente concentrados, posiblemente creen o fortalezcan una posición dominante y/o faciliten su abuso. Se requiere un análisis más detallado.

Fuente: *Horizontal Mergers Guidelines*, Federal Trade Commission-Department of Justice, april, 1992 (traducción Indecopi).

El índice de dominancia permite evaluar la participación de un agente económico con respecto a los demás competidores y no únicamente por su simple participación en el mercado relevante. Por ejemplo, la posición de una empresa con el 50% del mercado relevante es notoriamente diferente frente a un competidor del mismo tamaño, que respecto a un grupo numeroso de competidores. En la primera situación la competencia puede ser más accentuada, ya que en el otro escenario el agente con participación sustancial de mercado tiene posibilidad de ejercer su “liderazgo”. En estas condiciones, una concentración horizontal entre competidores de menor tamaño puede tener efectos procompetitivos.³³

³³ Cofeco, *op. cit.*, nota 24.

El informe de la Comisión Federal de Competencia 93-94 refiere que con el objetivo de encontrar medidas de concentración alternativas que permitan una evaluación más certera por parte de la comisión, el comisionado Dr. Pascual García Alba elaboró un documento de trabajo donde señala cómo la literatura reconoce la existencia de múltiples ejemplos de fusiones que aunque elevan el índice de Herfindahl, tienen efectos favorables al inducir una mayor contestabilidad ante las decisiones de empresas grandes. Para incorporar estos efectos, el Dr. García Alba desarrolló un nuevo índice, cuya característica principal es que no penaliza cualquier fusión o concentración, sino que el resultado depende del tamaño relativo de las empresas fusionantes y de la estructura particular en el mercado. Este índice se define como la suma de las participaciones al cuadrado de cada empresa en la oferta, divididas por el índice de Herfindahl, a su vez elevadas al cuadrado. En términos generales, se trata de un índice que no aumenta con las fusiones de empresas relativamente pequeñas, pero sí lo hace con fusiones de empresas relativamente grandes (dada la distribución de los tamaños de las empresas en un mercado particular).³⁴

Para dar certeza jurídica al criterio aplicable para evaluar la concentración de empresas, el 24 de julio de 1998 se publicó en el DOF la *Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*. Estos criterios se expiden con fundamento en el artículo 13 del RLFCE que establece esta obligación de la Comisión Federal de Competencia y tienen como objetivo dar seguridad y certeza jurídica a los agentes económicos y reconoce básicamente a los dos índices que hemos comentado.

Según el artículo 1o. de la resolución que comentamos:

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

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

Ello implica que deberán analizarse en forma separada las demás cuestiones señaladas en los artículos 13 y 18, fracciones II y III de la Ley Federal de Competencia Económica y 12 de su Reglamento, tales como barreras a la

³⁴ Cofeco, *op. cit.*, nota 1, pp. 53-54.

entrada, el poder de los competidores, el acceso a fuentes de insumos, el comportamiento reciente de los agentes, el acceso a importaciones, la capacidad de fijar precios distintos de los de competencia y la existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

Las participaciones de mercado se determinarán tomando en consideración indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión estime pertinente.

La Comisión considerará preferentemente el valor monetario de las ventas totales del mercado relevante, toda vez que son más confiables y su interpretación más directa, sin perjuicio de utilizar otros indicadores en términos de volumen, peso o cualquier otro tipo de unidades que pudieran ser más relevantes en un determinado asunto.

En lo sucesivo, se denominará q_i a la participación del agente económico “ i ” en su mercado respectivo.

El cálculo de la participación de mercado se calculará en términos porcentuales. Es decir si Q_i es el valor de sus ventas, y Q es el valor de ventas de todos los agentes económicos en el mercado $Q = \sum Q_i$, entonces $q_i = Q_i / Q \times 100$.

El artículo 2o. de la resolución establece la forma en que han de calcularse el índice Herfindahl (H) y el índice de dominancia (ID)

Segundo. El poder sustancial en el mercado relevante de un agente económico depende tanto de su tamaño reflejado en su participación q_i , como de su tamaño relativo respecto de los demás agentes económicos en el mercado relevante. A efecto de considerar tanto el tamaño de los agentes en términos de su participación de mercado, como el tamaño relativo de unos agentes con otros, la Comisión procederá al cálculo de dos índices de la siguiente forma: 2.1 Se calculará el índice Herfindal (H), que es la suma de los cuadrados de las participaciones de cada agente económico q_i^2 . Este índice puede tomar valores entre cero y diez mil. El valor mínimo corresponde a una situación de mercado altamente atomizada, en la cual el mercado se divide entre un gran número de agentes económicos, cada uno de tamaño poco significativo. En el otro extremo, el valor máximo corresponde a una situación de monopolio puro, en que un solo agente económico detenta el cien por ciento del mercado.

Al calcularse directamente a partir de las participaciones, el índice H es un promedio de los tamaños de los agentes económicos expresados en proporción del mercado (q_i). Este índice de concentración está referido al tamaño de los agentes económicos.

2.2 Se calculará también el índice de Dominancia (ID). Para ello se determinará primero la contribución porcentual h_i de cada empresa al índice H definido en el párrafo anterior ($h_i = 100 \times q_i^2 / H$). Despues se calculará el valor de ID aplicando la fórmula de Herfindahl, pero utilizando ahora las contribuciones h_i en vez de las participaciones q_i es decir, ($ID = \sum h_i^2$).

Es de resaltarse que ID es un índice de concentración referido a las contribuciones h_i , las que dependen del tamaño de cada empresa en relación con el tamaño de las demás. Es por ello un índice que para su cálculo toma directamente en cuenta el tamaño relativo de unas empresas con otras. Este índice también varía entre cero y diez mil, según corresponda a un mercado atomizado o monopolizado.

Para el cálculo de los índices que resultarían de una concentración, se supone que en caso de realizarse esa operación, los agentes no incluidos en ella mantendrían sus participaciones de mercado. Bajo ese supuesto, cualquier concentración en un mismo mercado siempre aumenta H . Por su parte, ID puede aumentar o disminuir dependiendo del tamaño de los agentes que se concentran en comparación con el de los demás agentes del mercado. El índice disminuye cuando los agentes que se concentran son de tamaño relativamente pequeño en comparación con el de los agentes más grandes.

Esto refleja que cuando se concentran agentes económicos de tamaño pequeño, pueden competir en circunstancias menos desiguales con el o los agentes dominantes en el mercado.³⁵

La comisión considerará que una concentración tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando el resultado estimado de la concentración arroja alguno de los siguientes resultados:³⁶

- El aumento de H sea menor de 75 puntos.
- El valor de H sea menor de 2000 puntos.
- Disminuya el valor de ID.
- El valor de ID sea menor de 2,500 puntos.

³⁵ Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración en el mercado relevante y los criterios para su aplicación, DOF del 24 de julio de 1998, artículo 30.

³⁶ *Ibidem*, artículo 40.

El artículo 5o. de la resolución en comento, sin embargo, otorga en cierta forma facultades discrecionales a la comisión ya que a pesar de los resultados de los índices puede suponer que existe un daño a la competencia, en los siguientes términos:

Quinto. La Comisión considerará que una concentración puede disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia, aun cuando las estimaciones de los índices actualicen alguno de los resultados referidos en el punto inmediato anterior, cuando los agentes económicos involucrados en la concentración se ubiquen en cualquiera de los siguientes casos:

5.1 Hayan participado en concentraciones previas en el mismo mercado relevante.

5.2 Por su relación patrimonial con otros agentes, puedan adquirir acceso privilegiado a algún insumo importante, u obtener ventajas en la distribución, comercialización o publicidad del bien o servicio del mercado relevante.

5.3 Tengan o puedan llegar a adquirir poder sustancial en mercados relevantes relacionados.

5.4 Actualicen algún otro supuesto que a juicio de la Comisión pudiera significar una concentración de poder de mercado que no se refleja en las participaciones actuales en el mercado relevante y, por tanto, su efecto no es captado por los índices de concentración.

La Comisión Federal de Competencia resolverá en términos del artículo 49 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, las dudas o aclaraciones que los agentes económicos tengan en relación con la presente Resolución.

Si como resultado de la aplicación de los índices se detecta que la realización de la concentración puede llegar a generar una adquisición de poder sustancial en el mercado relevante, se evaluarán los efectos que dicho poder tendrá sobre: los competidores, la producción de los bienes y servicios, y los consumidores; y si se considera que tales efectos resultarán anticompetitivos por afectar a los consumidores, la operación de concentración será sancionada.

En general no es necesario monopolizar toda una cadena productiva para extraer ganancias monopólicas. Basta con monopolizar uno de los eslabones.

Es por ello que por lo general la Comisión ha autorizado las concentraciones verticales que no involucran una mayor concentración en los mercados de insumos ni de los productos que lo utilizan, vistos como mercados separados,

o que no producen una concentración significativa en alguno de esos mercados, si una o más de las empresas que se concentran produce ambos bienes.³⁷

En 2001, la comisión recibió 324 asuntos de concentraciones, de los cuales resolvió 311 dejando 65 en proceso de revisión (por sumar los asuntos que estaban pendientes del año anterior). De los asuntos resueltos sólo condicionó ocho y objetó dos.

Mediante el condicionamiento es posible obtener las ventajas de la concentración, y al mismo tiempo reducir, en su caso, los riesgos anticompetitivos que dicha concentración implique. En la mayoría de los casos de condicionamiento, los interesados han decidido aceptarlo y llevar a cabo la concentración.

Entre las ocho operaciones sujetas a condiciones se encuentran las de Citigroup Inc. y Grupo Financiero Banamex Accival, Assa Abolí AB y Grupo Industrial Phillips, y el Paso Energy International Company, Pemex-Gas, Pemex-Petroquímica Básica y Gasoductos de Chihuahua.

Pocas han sido las operaciones de concentración no autorizadas por la Comisión. Ello porque las concentraciones son, como se señaló antes, una práctica común en los negocios y la ley no prohíbe estas transacciones en sí, sino sólo aquellas que son anticompetitivas. En una gran proporción, las notificaciones de concentración que se tramitan ante la Comisión se refieren a asuntos como: concentraciones de empresas dentro de un mismo grupo económico, que no cambian el control de las mismas; integraciones verticales o entre empresas productoras de bienes complementarios, u otros que en lo general se refieren a bienes o servicios en mercados distintos, y por ello no afectan la concentración en ninguno de ellos; caso en que las empresas que se fusionan producen bienes sujetos a una competencia intensa por parte de las importaciones, por lo que las empresas nacionales que los producen no tienen capacidad de ejercer un poder sustancial en el mercado; o bien concentraciones que no afectan en mayor medida los índices de concentración del mercado.³⁸

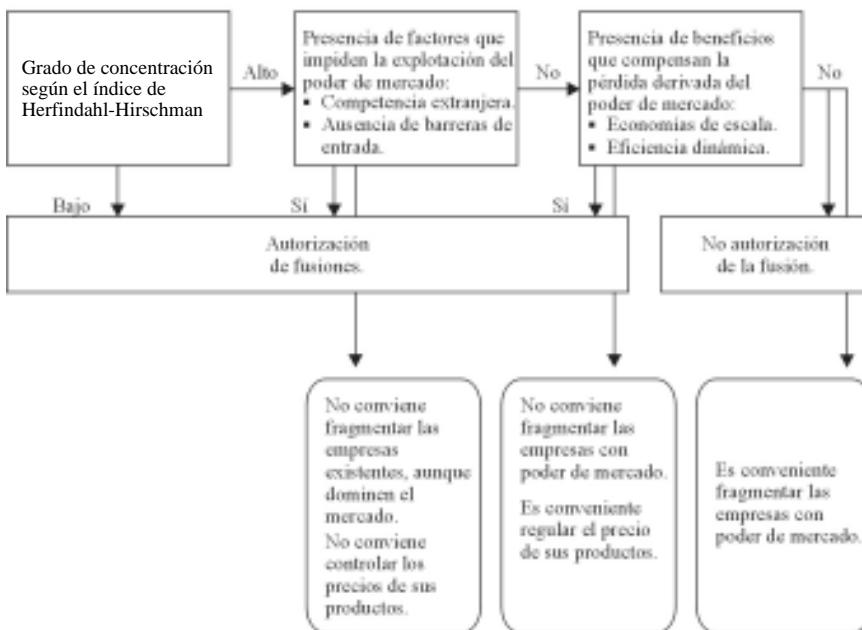
Entre las solicitudes denegadas se encuentra la de Skytel, empresa del Grupo Televisa, para participar en la licitación del radioespectro para la prestación del servicio de radiolocalización móvil de personas, y la de Trans-

³⁷ García de Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 10, p. 108.

³⁸ *Ibidem*, p. 110.

portación Marítima Mexicana para entrar a la licitación de Alsur, una de las tres empresas en que se dividió la antigua empresa Almacenes Nacionales de Depósito.

Cuadrado Roura presenta un esquema del proceso de decisión sobre empresas con poder de mercado:³⁹



Finalmente, el artículo 22 en relación a la prescripción para impugnar concentraciones señala que no podrán ser impugnadas con base en esta ley:

- 1) Las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa.
- 2) Tratándose de concentraciones que no requieran ser previamente notificadas después de un año de haberse realizado.

³⁹ Cuadrado Roura, Juan R., *op. cit.*, nota 2, p. 491.

En síntesis, se puede afirmar que la LFCE señala una política preventiva en materia de fusiones y adquisiciones. La notificación previa, por ejemplo, otorga seguridad jurídica a las empresas y aspira a que la comisión no sea vista como una traba al libre flujo de los negocios, ya que una vez que la autoridad evalúa y aprueba una fusión, no hay posibilidad de que la comisión se oponga a dicha fusión o intente revertirla. Finalmente, para las concentraciones que no requieran notificación previa y haya transcurrido un año desde que se celebró la operación, no hay posibilidad de impugnación alguna.

4. *Obstáculos al comercio entre estados*

El artículo 17 de la LFCE dispone: “En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁴⁰ 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 mercancías o servicios de origen nacional o extranjero”.

El efecto de la declaratoria de la comisión permite a los afectados por las barreras estatales ignorarlas sin incurrir en riesgo de sanciones. Las barreras estatales son ilegales *per se*. La comisión no necesita entrar en detalles de su efecto sobre la competencia económica para proceder a la declaratoria, sino que sólo requiere determinar su realización...⁴¹

Dicho artículo se encuentra dentro del capítulo II (de los monopolios y las prácticas monopólicas). Independientemente de que en nuestra opinión dicha conducta no puede constituir una *práctica monopólica* (ya que éstas deben ser realizadas por agentes económicos, actuando con tal carácter en la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios), y mucho menos un monopolio, el problema se presenta en virtud del artículo 18, el cual faculta a la Comisión Federal de Competencia a investigar *de oficio* o a *peticIÓN de parte* dichos actos, y en su caso declarar su existencia, pudiendo ser tal declaración impugnada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴⁰ Artículo 117, 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.

⁴¹ García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 10, pp. 99 y 100.

En este sentido, conforme a los criterios de la SCJN, resulta procedente promover una controversia constitucional.

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL MEDIO DE CONTROL CUYA PROCEDENCIA SE REITERA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, CONSTITUYE UNA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL DE LAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Cuando ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se hace valer por una autoridad estatal, en términos del referido precepto ordinario, una acción en contra de la declaración de la Comisión Federal de Competencia Económica, órgano descentrado de la administración pública federal, sobre la existencia de actos de autoridades estatales, emitidos en ejercicio de su autonomía e imperio, que no pueden producir efectos jurídicos por transgredir lo dispuesto en el artículo 117, fracción V, constitucional, ello *lleva a concluir que la mencionada acción constituye una controversia constitucional de las establecidas en el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la litis se plantea entre dos órganos o entidades del Estado, las autoridades de la respectiva entidad federativa como sujeto activo y el Poder Ejecutivo Federal como sujeto pasivo*, respecto del apego al Magno Ordenamiento de una resolución, de una dependencia del mencionado poder, conforme a la cual existen y no pueden surtir efectos jurídicos determinados actos de autoridades locales que fueron emitidos en contravención de un dispositivo fundamental que acota su potestad autónoma y, por ende, tiene como finalidad la emisión de un pronunciamiento que determine el ámbito de atribuciones que conforme a la Norma Fundamental pueden ejercer las entidades federativas; destacando que ante conflictos similares suscitados entre éstas y una dependencia del Ejecutivo Federal, el legislador ordinario las ha equiparado con la controversia constitucional, como sucede en el caso de los juicios ordinarios de anulación de la declaratoria de exclusión de los Estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y de los juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación fiscal celebrados por los gobiernos de éstos con el Gobierno Federal, tal como deriva de lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Coordinación Fiscal y 10, fracción X, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Recurso de reclamación 172/98, gobernador del estado de Durango, 31 de octubre de 2000, unanimidad de nueve votos, ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Humberto Román Palacios, ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, secretario: Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número 156/2000, la tesis jurispruden-

cial que antecede. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil.⁴²

En consecuencia, dicha controversia constitucional será sustanciada conforme a los artículos aplicables de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM.

COMPETENCIA ECONÓMICA. AL REITERAR EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, COMO MEDIO DE CONTROL, UNA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL, EL PLAZO PARA HACERLO VALER, ASÍ COMO LAS REGLAS PARA SU SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN SE RIGEN POR LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En virtud de que el referido medio de control de la constitucionalidad constituye una controversia constitucional de las previstas en la fracción I del citado precepto fundamental, el plazo para impugnar las declaraciones que en términos del mencionado numeral ordinario emita la Comisión Federal de Competencia Económica, es el de treinta días contados a partir del siguiente al que conforme a la Ley Federal de Competencia Económica surta efectos la notificación de la respectiva declaración, en que se haya tenido conocimiento de ella o de su ejecución, o en que el actor se ostente sabedor de la misma; en este orden de ideas, para la sustanciación y resolución del proceso que se siga, deberá atenderse a lo dispuesto en el título I de la referida ley reglamentaria.

Recurso de reclamación 172/98, gobernador del estado de Durango, 31 de octubre de 2000, unanimidad de nueve votos, ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Humberto Román Palacios, ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, secretario: Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número 159/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil.⁴³

Puede considerarse que esta situación constituye una evidente invasión de esferas jurídicas, toda vez que la Comisión Federal de Competencia, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, pue-

⁴² Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, t. XII, diciembre de 2000, tesis: P.J. 156/2000, p. 763.

⁴³ Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, t. XII, diciembre de 2000, tesis: P.J. 159/2000, p. 763.

de pronunciarse sobre un acto de una entidad federativa, el cual tiene como origen comúnmente un acto legislativo, es decir, una ley.⁴⁴

Un estudio elaborado por José Roldán Xopa,⁴⁵ refiriéndose a una recomendación fundada en dichos preceptos legales, publicada el 1 de abril de 1998, por la que se declara la existencia de una barrera estatal al comercio erigida por el gobierno del estado de San Luis Potosí, destaca en dicha declaratoria,

...llaman la atención diversos aspectos entre los que se encuentran los siguientes: que a propósito de barreras al comercio, un órgano administrativo conozca de actos de autoridades locales, que su resolución tenga como efecto la anulación de actos administrativos derivados de la aplicación de una ley, que haya pronunciamiento sobre inconstitucionalidad de leyes locales y el efecto de inaplicabilidad de la misma, amén de problemas formales como la carencia de motivación de la resolución, la impresión de los puntos resolutivos, entre otros.

Es cuestionable que la comisión conozca de dichas controversias, ya que su naturaleza es distinta a la de una práctica restrictiva, aun cuando se produce una restricción al comercio, el sujeto que la realiza (un gobierno estatal) no puede ver limitada su *soberanía* por una resolución de un órgano administrativo. Sería distinto si la comisión contara con facultades constitucionales para emitir una resolución de este tipo, lo cual traería como requisito indispensable que la comisión fuera un *organismo autónomo*, y que no dependiera de una secretaría de Estado como lo hace en la actualidad.

En el informe de Competencia Económica 2001 se afirma que

La imposición de restricciones al comercio interestatal por parte de algunos gobiernos locales obstaculiza la integración socioeconómica del país y el mejor aprovechamiento de los recursos. En la mayoría de estas barreras participan organizaciones regionales de productores que obtienen respaldo local en

⁴⁴ A decir de Rafael Pérez Miranda, "... Se trata de una facultad inconstitucional, ya que una comisión cuyos miembros son designados por el Poder Ejecutivo, no puede ser juez de la constitucionalidad o legalidad de un acto soberano de una Entidad Federativa, que en la mayor parte de los casos se manifestará mediante una ley. La facultad otorgada a las autoridades estatales para impugnar la resolución ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no mengua la inconstitucionalidad de la disposición...", *op. cit.*, nota 4, capítulo II, p. 229.

⁴⁵ Roldán Xopa, José, "Competencia económica y control constitucional", *Revista Lex*, febrero de 1999, p. 5 a 10.

prácticas que dividen geográficamente los mercados y facilitan la manipulación de los precios y la oferta locales.

Durante 2001, la Cofeco recibió sólo dos asuntos de este tipo y ambos fueron iniciados a través de denuncias.⁴⁶

III. CONDUCTAS QUE REQUIEREN UNA REGULACIÓN ESPECIAL

1. *Alianzas estratégicas o joint venture*

El término *joint venture* viene del latín *join, jointe*, que significa unión, empalme, conexión o conjunción; y la palabra *venture* que significa riesgo, exponerse a la casualidad o fortuna. Por lo tanto podemos decir que *joint venture* es la unión para afrontar un riesgo.

El *Thesaurus or International Trade Terms* define el *joint venture* como: “La unión de fuerzas entre dos o más empresas, del mismo o diferentes países, con el propósito de llevar a cabo una operación específica (industrial, comercial, inversión o producción)”.⁴⁷

Para Sierralta Ríos es

la relación contractual de dos o más personas naturales o morales que sin perder su propia identidad y autonomía, se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica determinada, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explorados únicamente en miras al objeto específico del contrato y en un lapso determinado previamente o limitado al cumplimiento de tal objeto. La esencia de este contrato es el objetivo común de las partes... Esta forma de vinculación no genera, necesariamente, una nueva persona jurídica...⁴⁸

La *joint venture* tiene como fuente la designación de *partnership*, cuyo significado general en el derecho anglosajón es el de la relación entre dos o más personas que realizan un negocio común, y la de éstas con terceros. El concepto es fijado por la legislación en Inglaterra y los Estados Unidos de

⁴⁶ Cofeco, *op. cit.*, nota 11, p. 33.

⁴⁷ Sierralta Ríos, Aníbal, *Joint Venture Internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p. 58.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 69.

América. A partir del proyecto de *Frederick Pollock* surge la *Partership Act* en Inglaterra en 1890 y luego la *Limited Partnership Act* en 1907. Para los Estados Unidos de América se dicta en 1974 la *Limited Partnership Act* y luego la *Uniform Limited Partnership Act*.⁴⁹

“El Joint Venture es un contrato de carácter asociativo, mediante el cual dos o más personas ya sean naturales o jurídicas convienen en explotar un negocio en común por un tiempo determinado, acordando participar en las utilidades resultantes del mismo, así como responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada”.⁵⁰

En español suele designársele como alianza estratégica. No existe consenso teórico respecto a la definición de los elementos distintivos de la *joint venture*, sin embargo, los dos requisitos más comunes son:

1. El acuerdo entre dos o más empresas, entendidas como personas físicas o morales, a través de un contrato.
2. Existe individualidad de las partes, es decir, no se constituye una persona moral nueva, por lo que no implica una fusión.⁵¹

La *joint venture* establecida por un empresario mexicano y un inversor extranjero, proporciona enormes beneficios mutuos, los cuales consisten principalmente en los siguientes aspectos:⁵²

1. En el caso del industrial mexicano, éste obtendrá financiamiento a menor precio, acceso a tecnología extranjera y la posibilidad de contar con condiciones favorables para realizar actividades de exportación.
2. Por su parte, el empresario extranjero logrará la entrada al mercado mexicano en condiciones muy favorables, absorbiendo un margen de riesgo y costo menor que si iniciara en un negocio en nuestro país con capital 100% extranjero.

⁴⁹ Vivas, Carlos Gabriel, “El convenio de colaboración entre empresas o joint venture del derecho anglosajón. Análisis comparativo según categorías del derecho venezolano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, núm. 90, 1993.

⁵⁰ Pastor Argumedo, Reynaldo, “Naturaleza jurídica del contrato de joint venture”, *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre, 1985, p. 313.

⁵¹ Véase artículo 2688 civil, recursos y esfuerzos (*know-how*).

⁵² Sánchez Soto, Gustavo, “Joint venture: una estrategia para hacer negocios”, *El mercado de valores*, Nacional Financiera, año LVI, núm. 8, agosto, 1996, p. 33.

Las empresas trasnacionales se valen comúnmente de esta figura jurídica para emprender negocios que rebasan sus capacidades individuales o para apoderarse de mayores mercados. Al no ser fusiones propiamente dichas, es muy complicado someterlas a algún tipo de control, pues sin que se trate de acuerdos secretos, pueden ser elaborados en cualquier parte del mundo. Según Guillermo Cabanellas de las Cuevas,

Al darse las joint ventures, por lo general entre agentes económicos horizontales o verticales, es claro que implicará un efecto estructural sobre el mercado que, indirectamente afectará el proceso dinámico del mismo. En efecto, en las joint ventures, es frecuente que dos o más empresas que desean entrar a determinado mercado, opten por hacerlo conjuntamente, en lugar de hacerlo individualmente... Pueden estas formas asociativas tener efectos negativos sobre la competencia al impedir, mediante la actuación conjunta de las firmas que son potencialmente concurrentes en un mercado, la coexistencia en éste de una pluralidad o de un número suficientemente elevado de empresas competidoras.⁵³

Xavier Ginebra considera que los efectos que las empresas conjuntas tienen sobre la competencia son menores que las que se tienen con motivo de una fusión. En la fusión siempre desaparece un agente económico del mercado, fortaleciéndose en contrapartida otro, aquél que adquiere los activos de la empresa fusionada, con lo cual se fortalece el poder que ostenta en el mercado una determinada empresa, pudiendo, en virtud de esa fusión, obtener un poder dominante en el mercado, con lo que se facilita la realización en prácticas colusorias.⁵⁴

La evaluación de los efectos de las empresas conjuntas sobre la libre competencia requiere distinguir este tipo de actos con efectos estructurales sobre la competencia respecto a las fusiones. Mientras que éstas implican la eliminación de un competidor actual o potencial, las empresas conjuntas suponen, a lo sumo, la eliminación de competidores potenciales, resultante ésta de la posibilidad de que las firmas participantes en tales empresas ingresen

⁵³ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopolio y defensa de la competencia*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1983, pp. 635, cit. por Ginebra Serrabou, Xavier, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, México, Themis, 2000, p. 144.

⁵⁴ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, nota anterior, p. 144.

separadamente en el correspondiente mercado en el caso de no poder hacerlo conjuntamente. Debe tenerse presente, sin embargo, que las empresas conjuntas pueden también posibilitar el ingreso en un mercado de firmas que, en caso de no contar con la posibilidad de asociarse con otra, se abstendrían de este tipo de expansión.⁵⁵

Al no encontrar una regulación expresa en la Ley Federal de Competencia Económica, sus conductas anticompetitivas no pueden sancionarse como prácticas monopólicas absolutas o relativas, sin embargo puede ser posible encuadrarlas en la regulación de concentraciones, ya que implican una concentración de sociedades pudiendo incluso servir como una adquisición de control. El problema sigue siendo cómo someterlas a un control preventivo vía notificaciones si no son propiamente fusiones.

2. *Licitaciones*

Licitación es el procedimiento establecido en ley que deben desarrollar los órganos de gobierno, a nivel federal, estatal y municipal, cuando pretenden adquirir, vender, arrendar bienes, contratar y ejecutar obras y servicios. La licitación es un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige como contratante a la persona física o jurídica que le ofrece las condiciones más convenientes.

Si el procedimiento de licitación no es lo suficientemente claro, pueden fomentarse conductas anticompetitivas, asignando u otorgando privilegios a determinadas empresas.

Las leyes que establecen procedimientos de licitación son las siguientes:

- Código Financiero del D.F.
- Ley Aduanera.
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- Ley de Obras Públicas y Servicios.
- Ley de Aeropuertos.
- Ley de Comercio Exterior.
- Ley de Derechos.
- Ley de la Comisión Reguladora de Energía.
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

⁵⁵ *Idem.*

- Ley de Protección al Ahorro Bancario.
- Ley del Régimen Patrimonial del Servicio Público (D.F.).
- Ley Federal de Telecomunicaciones.
- Ley Federal de Variedades Vegetales y su reglamento.
- Ley General de Bienes Nacionales.
- Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.
- Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.
- Reglamento de comunicación vía satélite.
- Reglamento de gas natural.
- Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.
- Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.
- Reglamento Interior de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural.
- Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria.

Las compras del sector público se encuentran reguladas, en principio, por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su reglamento.

Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, mediante los procedimientos de contratación que a continuación se señalan (artículo 26 de la Ley de Adquisiciones):

- Licitación pública.
- Invitación a cuando menos tres personas.
- Adjudicación directa.

Las licitaciones públicas pueden ser nacionales o internacionales (artículo 28), y sólo en situaciones excepcionales pueden celebrarse contratos a través de invitación a tres personas o de adjudicación directa. El artículo 41 de la Ley de Adquisiciones dispone que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando:

- El contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos.

- Peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales.
- Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados.

Por el volumen de compras que realiza el sector público, y por la reiteración de malos manejos de funcionarios que se encargan de dichas contrataciones, la licitación se considera como el medio más eficaz de asignación, toda vez que limita las facultades discrecionales para contratar, sin embargo, aún existe la posibilidad de asignación directa, la cual debe ser regulada cuidadosamente.

3. *Asignación directa de cupos*

Los aranceles pueden adoptar diversas modalidades, tales como la de arancel cupo (artículo 13, LCE), y se aplican cuando se establezca un nivel arancelario para cierta cantidad o valor de mercancías exportadas o importadas, y una tasa diferente a las exportaciones o importaciones de estas mercancías que excedan dicho monto. Por otra parte, los cupos son considerados como medidas de regulación y restricción no arancelarias.⁵⁶

Como medida de regulación y restricción no arancelaria, los cupos máximos pueden establecerse:⁵⁷

- Cuando se requieran de modo temporal para corregir desequilibrios en la balanza de pagos, de acuerdo a los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.
- Para regular la entrada de productos usados, de desecho o que carezcan de mercado sustancial en su país de origen o procedencia.

⁵⁶ El segundo párrafo del artículo 17 de la LCE establece: “Las medidas de regulación y restricción no arancelarias a la exportación e importación de mercancías, a que se refiere la fracción III del artículo 4o., deberán expedirse por acuerdo de la Secretaría o, en su caso, conjuntamente con la autoridad competente. Estas medidas consistirán en permisos previos, cupos máximos, marcado de país de origen, certificaciones, cuotas compensatorias y los demás instrumentos que se consideren adecuados para los fines de esta ley...”.

⁵⁷ Artículo 16, LCE.

- Conforme a lo dispuesto en tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.
- Como respuesta a las restricciones o exportaciones mexicanas aplicadas unilateralmente por otros países.
- Cuando sea necesario impedir la concurrencia al mercado interno de mercancías en condiciones que impliquen prácticas desleales de comercio internacional.
- Cuando se trate de situaciones previstas por las normas oficiales mexicanas en lo referente a seguridad nacional, salud pública, sanidad fitopecuaria o ecológica, de acuerdo a la legislación en la materia.

Así, la ley define el cupo de exportación o importación en los siguientes términos:

Artículo 23. Se entiende por cupo de exportación o importación el monto de una mercancía que podrá ser exportado o importado, ya sea máximo o dentro de un arancel-cupo. La administración de cupos se podrá hacer por medio de permisos previos.

La Secretaría especificará y publicará en el *Diario Oficial de la Federación* la cantidad, volumen o valor total del cupo, los requisitos para la presentación de solicitudes, la vigencia del permiso correspondiente y el procedimiento para su asignación entre los exportadores o importadores interesados. La determinación, las modificaciones y los procedimientos de asignación de los cupos deberán someterse previamente a la opinión de la comisión.

Para la determinación del volumen o valor de los cupos, la Secretaría tomará en cuenta las condiciones de abasto y la oferta del producto sujeto a cupos, escuchando la opinión de los integrantes de la cadena productiva.

La forma en que son asignados los cupos es la que ocasionalmente produce restricciones a la competencia, ya que no obstante la disposición legal que señala la asignación a través de licitación pública, el artículo 24 de la LCE, permite *otros procedimientos* de asignación.

Artículo 24. Los cupos se asignarán por medio de licitación pública, para lo cual se expedirá convocatoria con el fin de que cualquier persona física o moral presente proposiciones para adquirir parte o la totalidad del cupo asignado a determinada mercancía de exportación o importación.

Sin embargo, la Secretaría podrá optar, de manera fundada y razonada, por otros procedimientos de asignación que promuevan la competitividad

de las cadenas productivas y garanticen un acceso adecuado a nuevos solicitantes. Asimismo, los procedimientos de asignación de cupos se podrán determinar en tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.

En todo caso, *la asignación de los cupos entre importadores o exportadores se hará conforme a procedimientos administrativos que no constituyan por sí mismos, un obstáculo al comercio.*

El Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, por su parte, regula lo relativo a la entrada en vigor de las resoluciones a través de las cuales se asignan cupos, y detalla el procedimiento de licitación pública, los datos que debe contener la convocatoria y la información que debe especificar las bases de licitación pública. Regula además, la asignación de cupos por medios distintos a la licitación pública. El artículo 31 del reglamento dispone:

Cuando la Secretaría lo juzgue necesario, en los términos del segundo párrafo del artículo 24 de la Ley, podrá asignar un cupo a la exportación o importación por medio de procedimientos distintos a la licitación pública.

En los casos en que los cupos se *asignen de manera directa* o en el orden en que los importadores lleguen a la aduana, la Secretaría podrá establecer topes individuales máximos de valor, cantidad o volumen para determinada mercancía de exportación o importación.

Se observa que el reglamento va mas allá de la disposición legal al validar un acto no considerado por la primera, como lo es la asignación directa de cupo, y lo primero que debe cuestionarse es si efectivamente este procedimiento no constituye por sí mismo un obstáculo al comercio, ya que es la autoridad que sin ningún fundamento o soporte económico, asigna discrecionalmente los cupos.

Por otra parte, los certificados que amparan la asignación del cupo, mediante licitación, son transferibles:

Los certificados otorgados por medio de licitación pública serán nominativos y podrán transferirse. Cuando el titular de un certificado lo transfiera, el interesado en obtener la titularidad del mismo deberá informar por escrito a la Secretaría dicho acto y le solicitará la expedición de un nuevo certificado. La Secretaría podrá evaluar la conveniencia de las transferencias con el objeto de prevenir y evitar prácticas monopólicas u obstáculos al comercio, en los términos de la Ley en la materia.

El que la disposición normativa establezca que la secretaría *podrá* evaluar la conveniencia significa que no está obligada a hacerlo, se trata de una facultad discrecional, en cuyo manejo se ha fomentado lo que se pretende evitar, esto es prácticas monopólicas.

Precisamente el manejo discrecional de los cupos en los productos agropecuarios pactados en el TLCAN por parte de la Secofi, hoy Secretaría de Economía, ocasionó un perjuicio a los sectores agropecuarios mexicanos, ya que desde 1994 al 2002 los cupos pactados fueron otorgados generosa e indiscriminadamente a los sectores industriales sin considerar a los productores primarios ni a los consumidores nacionales.

IV. PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS

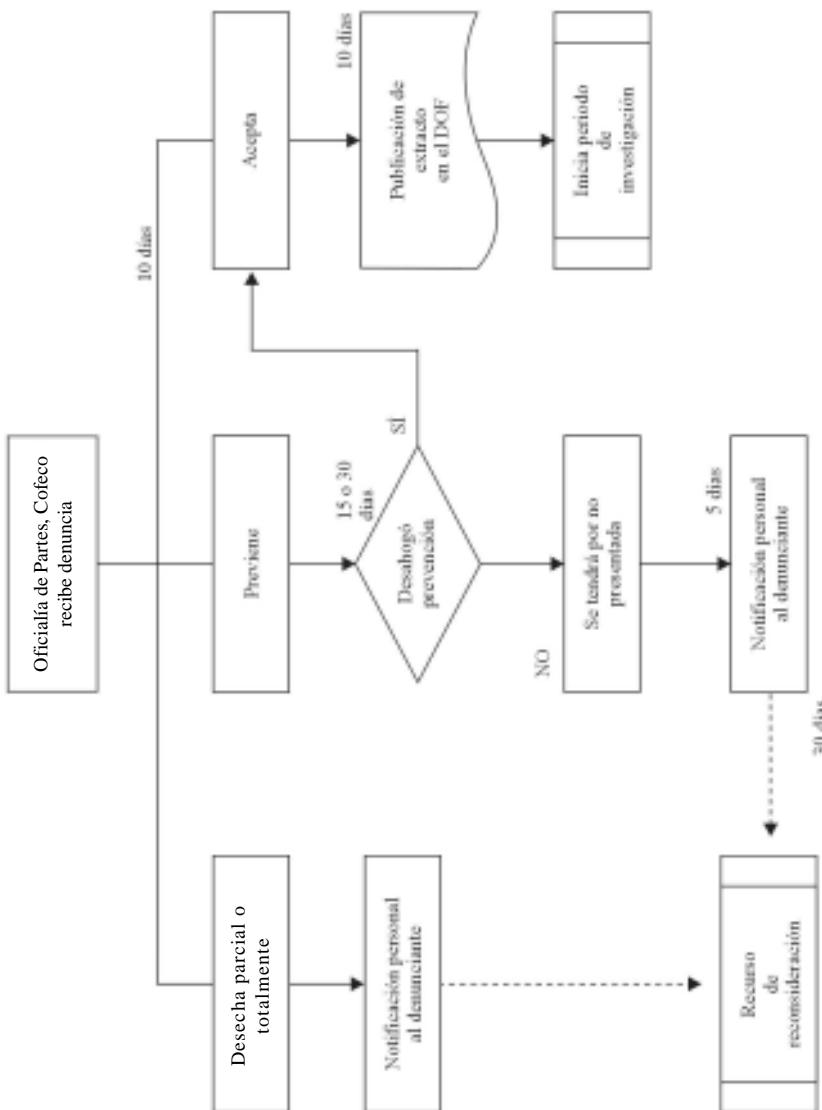
El procedimiento ante la comisión, que es de orden público e interés social, se inicia de oficio o a petición de parte,⁵⁸ salvo el incumplimiento de la obligación de realizar la notificación de concentraciones, el cual sólo puede iniciar de oficio.⁵⁹ En el caso de prácticas monopólicas absolutas, cualquier persona podrá denunciar por escrito, y en el caso de las demás prácticas o concentraciones prohibidas por la ley, sólo el afectado podrá formular la denuncia. En el caso de prácticas monopólicas relativas o concentraciones, el denunciante deberá incluir los elementos que configuran las prácticas o concentraciones y, en su caso, los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido *o puede sufrir un daño* o perjuicio sustancial.

La denuncia debe contener (artículo 25 del RLFCE): a) nombre, denominación o razón social del denunciante y b) nombre del representante legal en su caso, y *copia simple* de los documentos que acreditan su personalidad, domicilio para oír y recibir notificaciones, y personas autorizadas para tales efectos, así como los datos que permitan su pronta localización. Dentro de los diez días siguientes a la recepción de la denuncia por la Oficialía de Partes, la Cofeco dictará un acuerdo mediante el cual puede: a) ordenar el inicio de la investigación, b) desechar la denuncia parcial o totalmente por ser notoriamente improcedente, o c) formular prevención al denunciante.

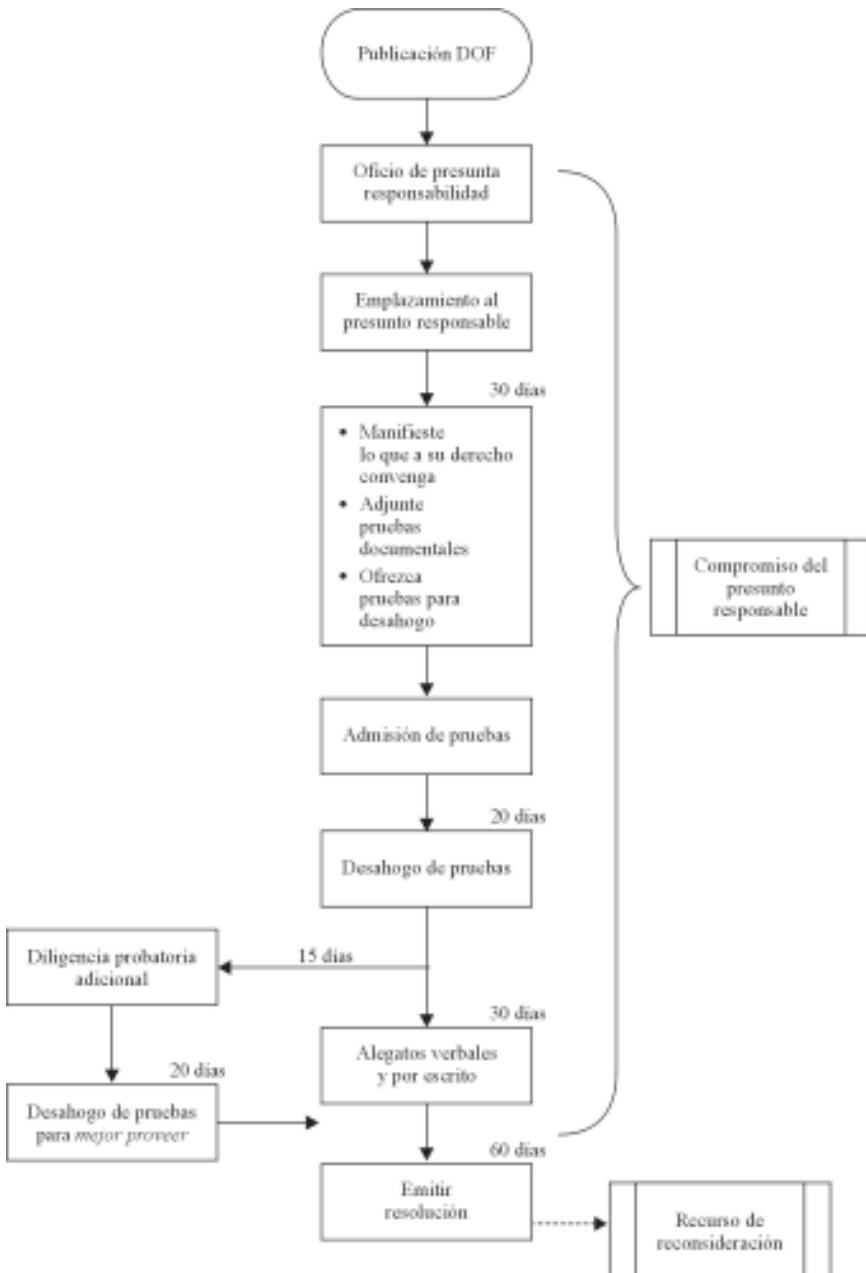
⁵⁸ Artículo 30, LFC.

⁵⁹ Artículo 23, RLFCE.

1. Inicio de la investigación



2. Procedimiento general



3. *Procedimiento sobre restricciones estatales al comercio*

La comisión puede conocer de oficio o a petición de parte respecto de los actos de 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.

El artículo 8o. del RLFCE define el procedimiento que sigue la Cofeco para emitir resoluciones sobre este tipo de conductas. La comisión requiere a las autoridades estatales para que, en un plazo de 20 días a partir de la notificación de dicho emplazamiento, manifiesten por escrito lo que a su derecho convenga, acompañen las pruebas documentales que obren en su poder y ofrezcan las pruebas que ameriten desahogo. Si en el término señalado la comisión no recibe escrito alguno, precluirá el derecho para ofrecer y desahogar pruebas.

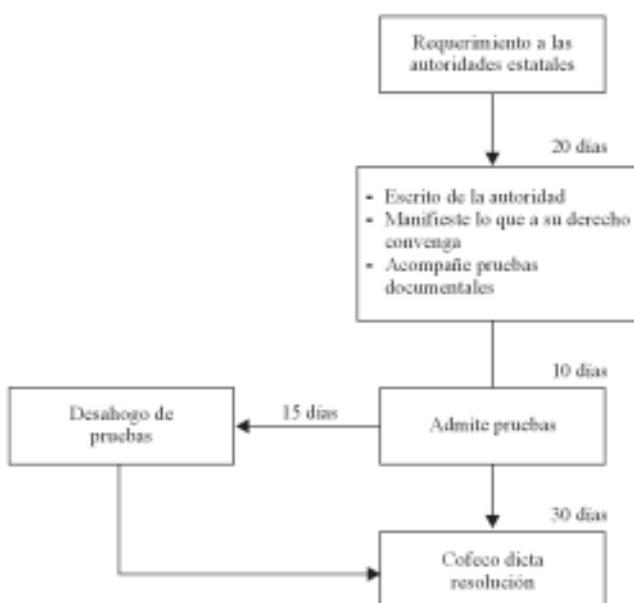
Recibido el escrito de la autoridad, la comisión (en un término máximo de diez días) admitirá o desechará en su caso las pruebas, y fijará día y hora para el desahogo de las mismas dentro de los quince días siguientes.

Una vez desahogadas las pruebas, o transcurrido el término anterior, la comisión dictará una resolución *declaratoria* dentro de los 30 días siguientes. La declaratoria será publicada en el DOF.

La LFCE no determina cuáles serán los efectos de dicha declaratoria. El texto del artículo 117 constitucional dispone que “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 mercancías o servicios de origen nacional o extranjero”. De lo cual podemos concluir que los efectos que se da a dicha resolución es la de *declarar nulos* los actos materia de investigación.

Contra esta declaratoria procede el *recurso de reconsideración*, o puede ser impugnada por la autoridad estatal afectada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 15, LFCE), a través de una acción de *controversias constitucionales*. Sin embargo, en la práctica, la comisión ha realizado la declaratoria a guisa de recomendación y luego ha admitido el recurso de reconsideración (véase expediente RA21-98 con motivo de diversos DE-12-97 donde la Comisión Federal de Competencia emite recomendación al estado de Durango).

El procedimiento de forma esquemática sería:



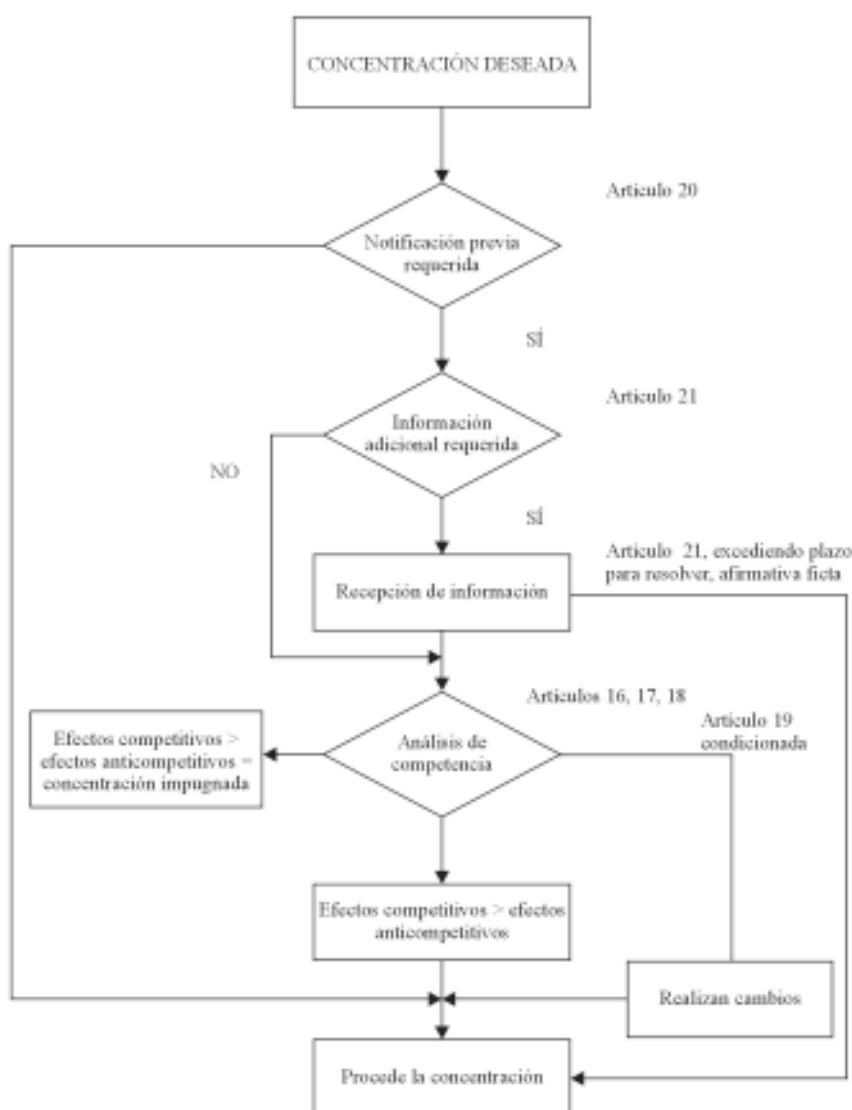
4. Procedimiento de notificación de concentraciones

La investigación de concentraciones se desarrolla conforme al procedimiento detallado con anterioridad para las prácticas restrictivas. No pueden impugnarse con base en la LFCE.⁶⁰

- Las concentraciones que hayan obtenido una resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa.
- Tratándose de notificaciones que no requieran ser previamente notificadas, después de un año de haberse realizado.

⁶⁰ Artículo 22, LFCE.

Etapas para el análisis de una concentración:⁶¹



⁶¹ Véase folleto informativo *La nueva Ley Federal de Competencia Económica*, México, Secofi, 1993, p. 23.

5. *Recurso de reconsideración*

Este recurso procede contra las resoluciones que: a) pongan fin a un procedimiento, b) tengan por no presentada una denuncia, o c) tengan por no notificada una concentración. Tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada. Los fallos que se dicten contendrán la fijación del acto impugnado, los fundamentos legales en que se apoyen y la resolución.⁶²

El artículo 39 de la Ley de Competencia dispone que: “Contra las resoluciones dictadas por la Comisión con fundamento en esta ley, se podrá interponer, ante la propia Comisión, recurso de reconsideración, dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de tales resoluciones”.

Por su parte, el reglamento, en abierta contravención al principio de jerarquía de leyes, restringe este recurso:⁶³ “El recurso de reconsideración sólo procederá contra las resoluciones que pongan fin a un procedimiento o que tengan por no presentada una denuncia o por no notificada una concentración”.

Pueden interponerlo: el denunciante, el presunto responsable, y quienes sean parte en un procedimiento de notificación de concentración o los involucrados en el procedimiento previsto en el artículo 50 del reglamento.

La interposición del recurso se hará mediante escrito dirigido al presidente de la comisión, en el que se deberá expresar el nombre y domicilio del recurrente y los agravios, los elementos de prueba que se consideren necesarios, así como las constancias que acrediten la personalidad del promovente.

La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada, sin embargo, cuando la suspensión pueda ocasionar daño o perjuicio a terceros, el recurso sólo se concederá si el promovente otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar a los perjudicados si no obtiene resolución favorable.⁶⁴

El recurso debe admitirse o desecharse dentro de los cinco días siguientes a su presentación, mediante acuerdo del presidente de la comisión (artículo 53, RLCE). La comisión debe emitir la resolución y notificarla en un término que no exceda de 60 días contados a partir de la fecha en que se

⁶² Segundo párrafo del artículo 39, LCE.

⁶³ Artículo 52, RLCE.

⁶⁴ Quinto párrafo del artículo 39.

haya interpuesto el recurso. El silencio de la comisión significará que se ha confirmado el acto impugnado.

6. *Criterios de la SCJN*

Al analizar los criterios de la SCJN respecto de la constitucionalidad de diversas disposiciones de la LFCE y del RLFCE destacan diversas conclusiones:

A. *Definición de agente económico*

El artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica establece:

Artículo 3o. Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no cuenta con un criterio firme respecto a esta disposición, sin embargo, existen tesis aisladas que refieren la inconstitucionalidad del mismo.

...crean inseguridad jurídica, al no existir un concepto definido de lo que debe entenderse por agente económico, dando con ello la pauta el legislador, para que dentro de las expresiones “cualquier otra forma de participación económicas” exista duda e incertidumbre de cuando se está en la presencia de la figura de agente económico, motivo por el cual se considera que tales preceptos son inconstitucionales al ser contrarios al texto del artículo 16 de la Constitución Federal.⁶⁵

En su estudio sobre los criterios de la SCJN, Javier Aguilar Álvarez de Alba, comenta que

⁶⁵ Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, A.I. 7/98, Eduardo Agustín Martínez Urquidi.

El concepto de “agente económico” también fue apreciado como inconstitucional por la Juez Noveno de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal pero por razones distintas. Al resolver el amparo P58/98 (Antonio Velarde Violante, quejoso) determinó que el artículo 3o. de la Ley excedía al artículo 28 constitucional, norma que, en su opinión, restringe la aplicación de las normas de competencia a los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicio como los únicos sujetos que pueden incurrir en monopolios o realizar prácticas monopólicas, motivando sus argumentos en que, por ser notario, está impedido en ejercicio de esa función para ejercer el comercio. Con su sentencia la Juez aceptó que los notarios participan en la vida económica del país, pero que cobran sus servicios con un arancel correspondiente.

En cuanto al concepto mismo, destaca el siguiente criterio:

AGENTES ECONÓMICOS, CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Por “agentes económicos” de conformidad con el significado gramatical de sus vocablos, y para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende aquellas personas que, por su actividad, se encuentran estrechamente vinculadas con la producción, la distribución, el intercambio y el consumo de artículos necesarios, que repercute y trasciende necesariamente en la economía de un Estado, lo que se corrobora con el hecho de que el objeto de la referida ley consista en proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, así como evitar los monopolios, las prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, que se presentan, por ejemplo, cuando dichas personas especulan con artículos de consumo necesario, con el objeto de provocar el alza de sus precios, esto es, persiguiendo un lucro excesivo.

Amparo en revisión 761/99, José Melesio Mario Pérez Salinas, 20 de febrero de 2002, cinco votos, ponente: Humberto Román Palacios, secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras.⁶⁶

B. El artículo 52 del reglamento es constitucional

Este artículo establece la procedencia del recurso de reconsideración.

⁶⁶ Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, novena época, Primera Sala, t. XV, abril de 2002, tesis: 1a. XXX/2002, p. 457, materia: administrativa tesis aislada.

En 1997, en un amparo promovido por Telmex (533/99), la Corte, dentro del procedimiento, dictó ejecutoria en la que ampara a éste por considerar inconstitucional el artículo 52 del RLFCE, en los siguientes términos: “contraviene o va más allá de lo que prevé la ley que regula y, por ende, violenta la facultad reglamentaria que se contiene en el artículo 89 fracción I, así como la supremacía constitucional que se consagra en el artículo 133, ambos de la Constitución General de la República”.⁶⁷

Sin embargo, después de que se emitió esta sentencia se da un cambio en el criterio al resolver el Amparo de revisión 643/99, promovido por Warner Bros México, que determinó que el artículo 52 del reglamento es constitucional.

Finalmente conviene señalar que en la tramitación del recurso de reconsideración opera la afirmativa ficta, es decir, si la comisión no resuelve en 60 días contados a partir de la fecha en que se haya interpuesto el recurso, el silencio de la comisión se entenderá como confirmación del acto impugnado.

⁶⁷ Aguilar Álvarez de Alba, Javier, *La libre concurrencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Documentos*, Cofeco, p. 30.