

## CONSIDERACIONES DE ORDEN PRÁCTICO EN TORNO A LAS DEFENSAS CONTRA EL MONOPOLIO DELIBERADO

Carlos DÁVALOS

*SUMARIO: Introducción. I. Definición de monopolio. II. Algunos sistemas antimonopolio. III. Principales prácticas monopólicas en el medio mexicano. IV. Marco legal de la defensa antimonopolio. Conclusión.*

### INTRODUCCIÓN

El concepto genérico "monopolio" no es un producto de la creatividad ideal de la ciencia del derecho, sino por supuesto de la economía. En efecto se trata de un diseño conceptual creado por los economistas, cuya utilidad original radica en la explicación de una fenomenología privativa de las ciencias de la escasez y la abundancia, y no de aquéllas de la normatividad. No obstante la extracción puramente económica de este concepto, sus elementos constitutivos y los medios artificiales o naturales propicios para su desarrollo (fundamentalmente en los países con un capitalismo suficientemente acabado) al haber provocado múltiples conflictos entre empresas, con fuertes repercusiones en los sectores consumidores o de demanda, necesariamente han atraído la atención de los juristas, al extremo de haberse constituido (el antimonopolio) en el bien jurídico tutelado único, de diferentes legislaciones tanto nacionales como supranacionales.

Entonces, si por una parte nuestro país no dispone de un capitalismo acabado, sino de un movimiento de capital monetario y una generación de aplicaciones industriales y comerciales de la magnitud necesaria para servir a un heterogéneo grupo de poco menos de 80 millones de habitantes; y por otra parte, por haberse generado tal magnitud de inversiones industriales y comerciales en un lapso tan corto como son los últimos 25 años, podríamos acercarnos a manera de introducción, a la siguiente afirmación preliminar: el monopolio industrial o comercial tiende a asumir un papel determinante en las interacciones empresa-empresa y empresa-consumidor, que necesariamente debiera ser uno de los objetivos centrales de la labor legislativa; pero por la misma

causa, la literatura doctrinal y aun práctica, de carácter jurídico, en torno al problema, a nuestro modesto conocimiento es prácticamente inexistente; de ahí el impulso original de este trabajo, pero no el único.

Dentro de los innumerables aportes hechos por la ininterrumpida labor del ilustre jurisconsulto Jorge Barrera Graf al sistema jus privatista del derecho mexicano, encontramos que gran parte de su obra escrita está destinada al tratamiento sistemático, por la primera ocasión en nuestro país, de diferentes temas novedosos no sólo al derecho mexicano, sino al universal. Una de las formas en que deseamos participar en los homenajes al jurista mexicano, es la de buscar aprehender y continuar su enseñanza; y si por ésta pudiera entenderse, en parte, la de tratar por primera vez un tema de importancia relativa, y un tratamiento elemental en torno al monopolio accede a considerarse como tal, entonces, una vez más, considérese este estudio como un breve homenaje, el más modesto, a la labor de nuestro querido maestro, de la que, ciertamente, cientos de miles nos hemos beneficiado.

El trabajo se divide en cuatro partes, a saber: definición de monopolio; algunos sistemas antimonopolio; principales prácticas monopólicas en el medio mexicano; y marco legal de la defensa antimonopolio. Su perspectiva es de orden práctico estrictamente.

## I. DEFINICIÓN DE MONOPOLIO

En términos latos, el monopolio se ha definido <sup>1</sup> simplemente como la competencia imperfecta, consistente en la compra, o la venta, de una mercancía en cantidades lo suficientemente grandes como para poder modificar voluntariamente el precio de dicha mercancía; de manera más concreta el monopolio se ha definido, por tratadistas de la economía <sup>2</sup> como la suposición de un cierto control ejercido por una o muy pocas empresas sobre el precio del producto o del servicio, sustentado en el hecho real de que el número de competidores es muy pequeño, y cuya consecuencia de mayor importancia es la anulación de todos aquellos pequeños vendedores, numerosos o no, que son, teóricamente, indispensables para que exista una competencia menos imperfecta.

Entonces, desde una perspectiva económica, la definición de monopolio compromete dos conceptos centrales, a saber: el control del precio y la anulación de la competencia con relativamente menor presencia

<sup>1</sup> Friedman, Milton, *Teoría de los precios*, México, Siglo XXI, 1981, p. 47.

<sup>2</sup> Samuelson, Paul, *Curso de economía moderna*, España, Editorial Aguilar, pp. 45 y ss.

potencial. En consecuencia, desde un punto de vista económico, en condiciones ideales el interés fundamental de la ausencia del monopolio es la existencia de la competencia, y no la de la protección del consumidor que, desde tal óptica, resulta ser sólo un interés secundario, o cuando menos consecencial.

Como uno de los primeros juristas que acometieron el tema del monopolio desde un punto de vista estrictamente técnico legal, Tulio Ascarelli considera que, estando en presencia de un monopolio, cualesquiera que sean sus causas, el daño más importante radica en la pérdida de mercado, y consecuentemente de la utilidad legítima a la que tiene derecho el comerciante desplazado, por el simple expediente de ser partícipe del mercado; por supuesto el ilustre italiano no se detiene en el análisis sistemático ni de las causas del monopolio, ni de las consecuencias que éste tiene en el conjunto de la economía, toda vez que, como es internacionalmente reconocido, la aplicación científica de este autor lo fue exclusivamente respecto de la conducta de los comerciantes. La ponderación que hace Ascarelli del monopolio (en nuestra opinión la indicada, cuando se hace desde el punto de vista del derecho mercantil estrictamente) consiste entonces en que el monopolio es un fenómeno socioeconómico de acaparamiento voluntario, por supuesto no deseable por el sistema jurídico imperante, y a ser organizado principalmente en función del daño que se puede causar a los comerciantes leales, así como de la reparación que se les debe restituir como sujetos pasivos del monopolio.

Nótese el paralelismo existente entre la opinión del autor italiano y aquella de los tratadistas de la economía, en el sentido de no ser el consumidor el sujeto al que se deba proteger o beneficiar con las medidas antimonopólicas, cuando menos no de manera principal.<sup>3</sup>

La doctrina mexicana, por su parte, hasta nuestro conocimiento todavía no se ha pronunciado con ensayos definitorios de este fenómeno, desde la óptica del derecho mercantil. Es en la ley y la Corte (paradójicamente, pues el silencio de los mercantilistas ante este problema contrasta con la frecuencia con la que ellos analizan una realidad todavía no legislada, y conllevan tales análisis precisamente a la conclusión de una ley formal) en quienes descansa esta responsabilidad definitoria.

Como veremos más adelante, la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios (Ley de Monopolio o L.M.), logró

<sup>3</sup> Lebel Claude, *Pratiques restrictives de concurrence en droit français*, Paris, Librairies Techniques, 1981, pp. 91 y ss.

conjuntar mediante una difícilísima técnica legislativa, dos impulsos de protección socioeconómica que, desde un punto de vista de la ciencia de la economía, son diametralmente opuestos: (i) la sana competencia entre empresas; y (ii) fundamentalmente, la protección de los diferentes sectores consumidores. Esta ley promulgada apenas 16 años después de la revolución, y con más de medio siglo de vigencia, debe ser considerada, por lo mismo, como una verdadera vanguardia en la materia, en una época en que la necesidad de una inversión empresarial en nuestro país era necesaria, incluso a costa de aceptar el propio monopolio.<sup>4</sup>

El artículo 3º de la L.M. define el monopolio como “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”. Nótese que, para tipificarse el monopolio, es necesario estar en presencia de un perjuicio al público en general o a alguna clase social, pero no en presencia de un perjuicio a otro competidor.

Es importante hacer notar que el inefable carácter definitorio de la legislación mercantil mexicana (cuyo ejemplo más esclarecido es el célebre artículo 75 del C. Com.) continuó exhaustivamente, en la propia Ley de Monopolios, mediante intentos por idealizar todas las hipótesis compatibles con esta definición general, a fin de enmarcarlas dentro de su régimen de sanciones. Tal es el caso de su artículo 4º, que organiza “presunciones de constitución de monopolio”, y del artículo 5º, que a su vez organiza los “actos tendientes al monopolio”, circunstancias totalmente de detalle que, sin otra relación aparente que el ánimo infractor o de ilicitud del potencial sujeto activo del monopolio, son todas sancionadas con la misma rigurosidad y cantidad de pena.

Las “presunciones de monopolio (artículo 4º) son las siguientes:

1. Toda concentración o acaparamiento de artículos “de consumo necesario”;
2. Todo acuerdo o combinación (suponemos que el legislador hace referencia a los contratos o convenios interempresariales de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios) realizado sin autorización y regulación del Estado que permita imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios;

<sup>4</sup> Wionsceck, Miguel, *La Inversión Extranjera en México*, México, Siglo XXI, 1975. pp. 11 y ss.

3. Toda situación comercial, industrial o de prestación de servicios creada deliberadamente, que permita imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios.

Por su parte, las "conductas tendientes al monopolio" (artículo 5º) son las siguientes:

1. La venta a menos del costo de producción;
2. La importación para vender en el país, en condiciones de concurrencia desleal;
3. La destrucción de productos, tendiente a provocar alza en los precios;
4. La venta comercial por medio de sorteos no autorizados;
5. La entrega de vales, cupones, contraseñas o inclusive regalos, adicionales a la compra del producto principal, sin autorización;
6. La destrucción de empaques o embalajes de los competidores;
7. Los acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir una ventaja exclusiva indebida, en favor de uno o varios competidores;
8. La venta condicionada;
9. La venta de una marca específica en establecimientos exclusivos;
10. En referencia expresa al derecho de la propiedad industrial, también se considera como acto tendiente al monopolio, la venta de mercancías en diferentes presentaciones o embases con mayor o menor contenido, si esto implica una ventaja indebida para un comerciante.

Las anteriores son, en suma, las hipótesis que el legislador mexicano considera como monopolio y, consecuentemente, como actos a reprimir por el régimen de sanciones del cuerpo legal que más adelante se detalla. Entonces, para aproximarnos a una definición legal de monopolio, en términos del derecho mexicano, tendríamos que referirnos a este elenco de posibilidades, exhaustivamente.

Debe precisarse que, en presencia de cualquiera de las hipótesis anteriores, el elemento de trascendencia social indispensable para poderlo considerar legalmente un ilícito típico, es que tales actos provoquen un daño en el público consumidor. Esta disyuntiva de calificación, que después de más de 50 años de vigencia de la ley debería haber sido matizado por las sentencias de la Suprema Corte, no ha sido desahogada hasta este momento, en virtud de que, por definición, todavía

no han llegado a la Corte negocios judiciales en los que se impugne la conducta de una empresa cuya única consecuencia dañina fue haber desplazado o incluso quebrado a un competidor. En efecto, haciendo abstracción de las sentencias que involucran el derecho exclusivo de la patente, la marca o los derechos de autor; la inconstitucionalidad de un impuesto fincado inequitativamente a una persona o un grupo de personas; o la constitución de derechos o privilegios exclusivos,<sup>5</sup> la Corte no se ha pronunciado respecto de la protección que el sistema legal debe procurar a una empresa funcionando adecuadamente, que es deliberadamente desplazada por alguna de sus competidoras.

La anterior es la principal característica y constituye al sistema mexicano antimonopolio en uno bastante singular, diferente a otros sistemas nacionales, como veremos en el inciso inmediato siguiente.

## II. ALGUNOS SISTEMAS ANTIMONOPOLIO

### A. *El sistema de la comunidad económica europea. Concepto de la posición dominante*

El sistema antimonopolio está largamente organizado por la comunidad europea desde el tratado de Roma firmado en 1957, que en sus 85 y 86 establece las reglas generales de su aplicación.

El sistema adoptado por la comunidad, que no parece haber inspirado a otros sistemas de defensa nacionales, está sustentado en la convergencia de dos elementos básicos, a saber: (i) la posición dominante que adquiera en un sector específico, una empresa o un grupo consolidado de empresas, y (ii) el abuso que se haga de tal posición. No puede afirmarse que el sistema comunitario tienda a proteger particularmente al consumidor, a la producción o la competencia en ella misma;<sup>6</sup> se presenta más bien como un sistema tendiente a proteger la existencia del mayor número posible de competidores, y el irrestricto respeto a la pureza de las reglas del mercado capitalista. El beneficio y bienestar del consumidor, que no aparece enunciado sino de

<sup>5</sup> Respecto de la naturaleza de los monopolios, tomo CVIII, página 1655. amparo civil directo 9934/50. Respecto del aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, tomo XXIV, página 139, con tres tesis más en el mismo sentido. en el apéndice al tomo XXXDI, tesis 517, página 950. Respecto de la postura de la Corte ante impuestos y derechos privativos, véase con interés amparo en revisión 1606/1970, del 6 de febrero de 1973, por unanimidad de 16 votos, en el pleno. informe de 1973, página 368.

<sup>6</sup> Dubois, C., *L'Abus de Position Dominante du Traite de la C.E.E.*, Paris, Librairies Techniques, 1968, pp. 44-45.

forma tangencial en el texto legal de la comunidad, no implica que el tratado de Roma le haya conferido un interés secundario, sino más bien es ponderado, a nuestro entender con una perspectiva fundamentalmente realista, como un valor social que no se puede proteger eficientemente si se intenta hacerlo de manera directa, sino como un valor que quedará inevitablemente protegido si se cumple adecuadamente con aquellos dos requisitos de evitar en lo posible la posición dominante, y de presentarse ésta, cancelarla por sanción judicial. Dicho de otra manera, aparentemente el legislador europeo aceptó que proteger indiscriminadamente al consumidor reduce las posibilidades del sistema económico y, como consecuencia acaba por perjudicarlo; y opta entonces por proteger el sistema en él mismo, que es del que se nutre el país en su conjunto, e individualmente cada consumidor.

Nótese la siguiente gran diferencia entre el sistema antimonopolios europeo y el mexicano.

En nuestro país, para que cualquiera de las múltiples hipótesis considerada como monopolio pueda calificarse como un ilícito sancionable debe *a fortiori legis* causar un perjuicio al público en general; y en aquel Continente es sancionable, ni siquiera la adquisición de una posición dominante, sino solamente el abuso que se haga de ella.

Uno de los casos más célebres de aplicación de aquel artículo 85 del Tratado lo constituye el negocio "Continental Can", que fue sentenciado por la Corte Internacional de Comunidades Europeas, en Luxemburgo, en 1973, en el que la Corte, mediante una extraordinaria aplicación de la teoría de la "extraterritorialidad moderada", obligó a una empresa con sede en Nueva York a que revendiera el 40% del capital social de una empresa Alemana, que había adquirido años antes, mediante la cual se procuró la compañía norteamericana una posición dominante (el 80%) en el mercado de embalajes; pero no fue sino hasta algunos años después que tal evento fue sancionado, pero no por la adquisición de la posición dominante, sino por el abuso que la empresa "Continental Can" hizo de ella, mediante la elaboración de un complicado sistema de precios, cobros y aperturas de nuevos establecimientos en diferentes ciudades de la comunidad.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> A continuación se transcriben algunos párrafos de la sentencia dictada por la Corte Internacional, el 21 de febrero de 1973, respecto de una demanda presentada el 9 de diciembre de 1971, pero no por un individuo, sino, de oficio, por la Comisión de Comercio de la Comunidad Económica Europea: "...Las empresas adquieren una posición dominante cuando adquieren la posibilidad de un comportamiento independiente, que las ubica en la medida de poder actuar sin tomar notablemente en cuenta, a sus competidores, sus compradores o sus proveedores... provocando una modificación tan sustancial de la estructura de la oferta, que la libertad de su

## B. *El sistema Clayton/Sherman. El concepto de protección a la producción*

Desde finales del siglo pasado, pero fundamentalmente a partir de 1919, año en que se publica la *Clayton Act*, el sistema legal norteamericano se convierte en el de mayor experiencia en las direcciones administrativas tomadas en contra del monopolio industrial.

Si nos fuera dable opinar sobre la principal característica del sistema antimonopolio norteamericano, podría decirse que, de conformidad con los postulados del capitalismo a ultranza de aquel país, tal sistema consiste principalmente en la protección de la producción en cualquiera de sus etapas; en este sentido, también debe considerarse como factor de la producción la "comercialización industrial", cuyo representante más vigoroso es el gran almacén de autoservicio.<sup>8</sup>

Como en otras materias, el sistema americano antimonopolios no contiene hipótesis idealizadas a priori, que de presentarse ubican al sujeto activo como infractor; en efecto, son las sentencias de los tribunales los que han detallado, tanto los actos impugnables en esta materia, como las formas en que el perjudicado puede intentar hacer valer sus derechos. Sin profundizar —por razón de espacio— en el análisis de este sistema, podríamos decir que una empresa tendrá acción judicial en contra de otra, por razones de monopolio, cuando sus sistemas de producción, distribución o venta sean alterados perjudicialmente por la conducta de un competidor, y no obstante que ésta carezca de dolo.

No parece claro, y a nuestro modesto conocimiento no existe, posibilidad de que un consumidor pueda impugnar los actos de una empresa, con fundamento en el sistema antimonopolio Sherman-Clayton, puesto que, precisamente, no se trata de un competidor. Cabe mencionar que los derechos de los consumidores en Estados Unidos, como es largamente reconocido en el resto del mundo, están fuertemente protegidos, pero precisamente en tanto que consumidores y no en tanto

clientela en el mercado correspondiente, se encuentra comprometida que consecuentemente prácticamente elimina a toda la competencia que se localice en su campo de actividad... entonces, la sustentación de una posición dominante en el mercado de los embalajes metálicos ligeros, destinados a la conserva de carne y de pescado, no hubiera sido tan decisiva, si no se hubiese comprobado que los competidores de otros sectores del mercado de embalajes metálicos ligeros no podían, por una simple adaptación, presentarse en dicho mercado con una fuerza suficiente para constituirse en un contra peso serio...".

<sup>8</sup> Por ejemplo véase: Tugendhat, Christopher, *Las empresas multinacionales*, Barcelona, Editorial Aserveo, 1971, pp. 116 y ss.

que competidores; derechos de protección que han dado origen a conceptos muy importantes como son los casos de "Punitif Damages"<sup>9</sup> o de "Pain and Suffer",<sup>10</sup> que deberán ser objeto de estudio por separado.

Una de las modalidades más difundidas en aquel país durante los últimos años, que encuentra su matriz precisamente en el sistema antimonopolios Sherman/Clayton, es el concepto de los impuestos compensatorios (*compensation duties*), y que consiste en la facultad que tienen los productores de exigir al departamento de comercio de los Estados Unidos, que se le finque a un importador un impuesto que compense las ventajas que tiene en su propio país, y del que los productores norteamericanos carecen en el suyo; un ilustrativo ejemplo del sistema son los subsidios de que gozan algunos productores en su país, que son inexistentes en los Estados Unidos, y que significan que al introducir sus productos presenten al consumidor un precio significativamente inferior al que lo harían, si no tuvieran integrado en el precio el subsidio del que se goce; se trata por supuesto, de favorecer una competencia en igualdad de condiciones.

La diferencia de este sistema con el mexicano es, evidentemente, diametral. Aquél protege la producción, y éste al proteger paternalistamente al consumidor la inhibe. De existir semejanza, el sistema norteamericano la tendría con aquél del tratado de Roma, si bien cabe la distinción de que el tratado acepta la posición dominante con la condición de que no se abuse de ella, y el sistema norteamericano no la permite, se abuse de ella o no.

### C. *El sistema mexicano*

El régimen antimonopolio mexicano no está contenido metodológicamente en una ley integral, y como hemos dicho no existe tampoco una teoría jurisprudencial que enuncie factores claros de aplicación. Tal régimen está desconcentrado en diferentes ordenamientos cuyo bien jurídico tutelado o vocación de protección es, en cada caso, diferente; pero que convergen, todos ellos, en el valor fundamental de protección al consumidor, y subsidiariamente, a los factores de la producción considerados en términos generales e impersonales, y no susceptibles de personalizarse a un caso concreto.

<sup>9</sup> Buttler, John, "Punitive Damages", en *Law and reinsurance*, vol. 17, núm. 2, junio de 1985, pp. 75 y ss.

<sup>10</sup> McCormick, Charles, *Damages*. West publishing, Cy., Minnesota, 1984, pp. 415 y ss.

No obstante, como hemos dicho, desde 1933 existe una ley antimonopolio típica, que no guarda igualdad ni semejanza con el sistema del tratado de Roma ni con el sistema Clayton/Sherman ni a nuestro conocimiento, con ninguna otra legislación nacional. Habiéndose publicado algunos pocos años después de la revolución, y precisamente durante el pequeño lapso en el que se crean los troncos legislativos más importantes de nuestro sistema, tales como el Código Civil, el Código Penal, la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y otras; y por otra parte, lapso en el que la empresa carece de presencia; se empieza a gestar el problema socioeconómico que derivaría en la expropiación petrolera; y se crean los primeros ensayos paraestatales que pretendían oponer resistencia mercantil a algunos monopolios que empezaban a adquirir un poder exuberante al propio poder público, como son los casos de la Nacional Financiera o la Comisión Federal de Electricidad, resulta claro que el bien jurídico tutelado fundamental de aquella Ley de Monopolios de 1933 no fuera la producción ni mucho menos la inexistencia del abuso de una posición dominante, puesto que de haber sido así, los intereses beneficiados hubieran sido otros y no los de este país. En efecto, el interés fundamental a proteger por aquella ley, que ya se ha dicho, fue el consumidor; papel al cual estaba casi reducido el hacer cotidiano del inversionista nacional público o privado.

No obstante, por un esfuerzo de concordancia con el principio postulado por la denominación de la propia ley (monopolio) este cuerpo legal esbozó los cimientos técnicos suficientes para poder sostener una defensa judicial creíble, en contra de los actos monopólicos enderezados por algún competidor desleal. Visto así, resulta que merced a una difícilísima técnica de legislación, a nuestro entender totalmente suficiente para aquella época, esta ley organizó dos valores contrapuestos: (i) la protección del consumidor desde el punto de vista del precio de adquisición, y (ii) la protección del consumidor desde el punto de vista de la sana interacción entre los diferentes competidores y oferentes; en todo caso, protección directa e indirecta del público consumidor.

Probablemente por las razones expuestas, nuestro sistema antimonopolio no protege de manera principal ni los postulados del sistema capitalista, ni el origen de los productos y los servicios cual es la oferta; en términos generales protege al consumidor, y específicamente, al consumidor masivo o popular, por definición de ley, aquél que pertenece a las clases económicamente débiles. Dicho en forma diferente:

para que un competidor pueda impugnar la conducta monopólica de otro, tal conducta debe parar perjuicio al público, situación que aparentemente sustraería esta ley del ámbito obligacional del derecho mercantil, para ubicarlo en el de los derechos social y administrativo, afirmación que, de resultar cierta, dejaría a la empresa mexicana desprotegida en contra del libre arbitrio de los competidores desleales.

No obstante lo anterior, como veremos en la última parte de este estudio, si el litigante consigue probar que la conducta de un competidor monopólico ha causado, o puede causar, daños al público, entonces, y sólo entonces, algunas de las disposiciones complementarias de la Ley de Monopolios pueden procurar, en un ámbito puramente jusprivatista, una defensa con resultados creíbles. Algunas conductas monopólicas se describen enseguida.

### III. PRINCIPALES PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN EL MEDIO MEXICANO

#### A. *Consecuencias prácticas del monopolio*

Desde el punto de vista de la práctica del derecho mercantil o de empresa: i) el monopolio es una consecuencia; ii) deseada por una o pocas empresas, y no deseada en absoluto por otra u otras; iii) de la cual los consumidores e incluso la administración pública, pudieran ni siquiera llegar a tener conocimiento; iv) esa consecuencia consiste, generalmente, en alguna de estas 4 posibilidades:

1. Un competidor queda fuertemente desprestigiado, y aunque puede continuar operando, su clientela y crédito quedan drásticamente reducidos en relación a los que tenía antes de la conducta monopólica.
2. Un competidor queda tan fuertemente debilitado financiera y comercialmente, que se retira del sector comprometido para reiniciar su operación en otro diferente, con todo el costo monetario y de oportunidad que esto le implica.
3. Un competidor es absorbido por el competidor monopólico, sea mediante la compra de su material accionario, de sus activos totales o de sus activos fundamentales; sus dirigentes pueden continuar operando como satélites del monopolizador, o pueden incluso dejar de serlo en totalidad; y
4. Un competidor desaparece totalmente, sea de manera voluntaria como es el cierre de sus establecimientos, o judicialmente, por la quiebra o la suspensión de pagos.

Las maneras en que el sujeto activo del monopolio (empresa monopolizadora) puede llevar al sujeto pasivo del monopolio (empresa víctima del monopolio) a enfrentar alguna de las 4 situaciones anteriores son muy variadas, pero la práctica ya ha mostrado que ciertos mecanismos son verdaderos estereotipos. Veremos algunos de ellos.

### B. *Sabotaje industrial y comercial*

Esta conducta está destinada generalmente a disminuir la clientela del consumidor, y de esta manera además de desprestigiarlo hasta un futuro no predecible, provocarle serios problemas de Tesorería por disminución de ingresos, y pérdida de producto real. Hemos visto que las actitudes prácticas de esta conducta van desde la introducción de productos de desecho en los embalajes del competidor, la creación deliberada de focos insalubres o de infección en los establecimientos de un competidor, la obstrucción del equipo de reparto de un competidor para impedirle que surta sus pedidos, la compra total del nuevo producto de un competidor para evitar que llegue a los consumidores, hasta incluso la inyección de sustancias tóxicas en los artículos del competidor, o hasta la más tenue medida consistente en aleccionar a sus propios vendedores para que subrayen ante la clientela de ambos, los elementos más perjudiciales del servicio o del producto del consumidor. Estas, dentro de las innumerables medidas que puede idear la imaginación de un comerciante.

Lo anterior, que aisladamente podría significar un acontecimiento inocuo en el desarrollo de una gran empresa, en una pequeña o mediana podría llegar a crear una "estática" de consecuencias imponderables. Nótese que, en caso de que alguno de estos eventos pudiese llegar a lastimar los intereses de un consumidor, a no ser que se pruebe que el daño fue producto de la conducta ilícita de otro competidor, en todo caso mediante una acción judicial cuya existencia típica es difusa, además del perjuicio monopolístico causado en la empresa víctima, resultaría ser ésta misma la responsable ante los ojos no sólo del consumidor sino de la autoridad.

### C. *Ofertación directa de compra*

Una mecánica de creación de monopolio, cuya frecuencia en el medio mexicano es cabalmente insólita, y que inexplicablemente no está contemplada por la legislación mexicana, es la prepotente oferta de compra

que una gran empresa hace a una pequeña, que atravieza por problemas sindicales, de Tesorería, de descompostura de maquinaria o de fallecimiento de los funcionarios decisivos, y que por tales o similares motivos, se ve forzada a vender (acto en contra de la propia voluntad).

No obstante que una compra en estas condiciones podría parecer normal a la luz de la lógica del comercio, se pueden presentar algunas compraventas en las que, precisamente por la lógica del comercio, los vendedores se ven forzados por los compradores, a vender, tanto por carecer de alternativas prácticas en ese día o en esa semana, como por no haber dispuesto de una legislación de aplicación idónea, que permitiera la protección, pero no en contra de la empresa monopolizadora sino en favor de la subsistencia de ese pequeño oferente. Por lo demás, cabe precisar que tanto el Tratado de Roma como el sistema Clayton/Sherman prohíben adquisiciones de este tipo, cuando alguna de sus consecuencias puede ser la de permitirle al adquirente una posición desproporcionadamente confortable en el sector económico de la adquisición.

#### D. Precios ruinosos

En este caso, la empresa, sujeto activo del monopolio, fija precios ruinosos a sus productos con los que compite con el sujeto pasivo del monopolio, incluso hasta por abajo del precio de producción. En tales condiciones, la empresa víctima, con objeto de permanecer en su mercado, es imposible que caiga en el "juego de soportar" los precios ruinosos con objeto de no perder su clientela. Por definición, para que la empresa monopolizadora haya tomado la decisión de arruinar sus precios con afanes monopolícos, debió haber calculado su potencial en el sentido de que supera sustancialmente al de su víctima; después de un cierto tiempo de soportar esta presión (de la que se ve desmesuradamente beneficiado el consumidor) la empresa víctima del monopolio termina por descapitalizarse, viéndose obligada, o bien a desaparecer, o bien a vender en calidad de empresa impotente de continuar, con el expediente adicional de que necesariamente sus activos valdrán menos de lo que valían antes de haber entrado al juego de los precios arruinados.

Hemos tenido conocimiento de estas situaciones en varias regiones del país. Igualmente hemos detectado que, desafortunadamente, la generalidad de los casos pasan desapercibidos no sólo para la autoridad, sino para los técnicos en el derecho.

### E. Asociación desigual

No obstante que, como algunos autores y sistemas legales<sup>11</sup> han dejado claro que la mayoría accionaria simple (50% más 1), no es en muchos casos suficiente para detentar el manejo de una empresa, en el medio mexicano el 51% del capital sigue siendo un elemento de seguridad y de tranquilidad casi mítico para los empresarios mexicanos, en el sentido de que estiman seguir siendo los titulares de la negociación. La práctica ha reiterado contundentemente que la asociación que se realiza entre una gran empresa al 49%, y una relativamente menor al 51, acaba por convertirse en un apropiamiento de ésta por aquélla.

Un tipo de asociación de esta índole, que podría considerarse una conquista contractual en los propios términos, no tiene, al igual que la compraventa directa de una empresa, otra medida de defensa que los derechos accionarios y de voto que se desahogan de conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La sociedad anónima se convierte en una forma legítima (toda vez que no contradice disposiciones legales de cualquier tipo) e idónea para que una gran empresa, dentro del marco de legalidad de no poseer más del 49% del capital, se apropie de la totalidad de los recursos de una empresa, y de esta manera, si es ese su interés, se favorezca su especulación monopólica. Como hemos dicho nuestra legislación no contempla la protección de una empresa en desventaja, ni el propiciamiento del mayor número de competidores posibles, como valores socioeconómicos necesarios.

### F. Absorción por ejecución de garantías reales

Consiste en la concesión de créditos aparentemente bondadosos, pero de imposible cumplimiento, que derivarán en la absorción por la vía de la ejecución de las garantías solicitadas, de la empresa acreditada. No obstante que esta situación era más clara y visible en las operaciones típicamente bancarias de antes de 1982, la circunstancia persiste fundamentalmente en aquellos grandes grupos consolidados en cruz (en

<sup>11</sup> En un estudio publicado en *American Economic Review* en 1966, queda demostrada la tesis de Berle-Means, respecto de que la separación de la propiedad y del control era aún más cierta en el decenio iniciado en 1960 que en 1929, pues mientras en este año, 6 de las 200 sociedades más grandes eran de propiedad privada (80% o más, del capital), en 1963 no había ninguna, y el 84.5% de las empresas, no tenían ningún grupo de accionistas que fuera poseedor siquiera del 10%. Citado por Samuelson, *op. cit.*, pp. 125.

sentido horizontal y vertical) para los que puede ser compatible absorber una pequeña empresa con un adecuado porcentaje de penetración en el sector en el que se desarrolla, y que produce un componente indispensable para la integración del gran grupo; los puntos de contacto entre el sujeto activo del monopolio y la empresa potencialmente absorbible, pueden ser la de ordenante y maquiladora, la de compradora mediante órdenes de producción particularmente importantes con un fabricante pequeño, o las de compradora exclusiva que súbitamente deja de comprar al pequeño productor.

Una vez más estas situaciones significan una laguna total no contemplada por nuestro sistema antimonopolios.

### G. *Patentes de invención y know how*

En un capitalismo bien resuelto, la patente y el *know how* son elementos que, simplemente, procuran más utilidades. En efecto, las invenciones industriales generalmente no son casualidades, sino el resultado de buscar producir el mismo producto con menos inversión, o con la misma inversión obtener mayores unidades. Pero en una sociedad todavía no resuelta como la nuestra ingresa un invento desproporcionadamente eficiente, súbitamente las competidoras que incluso podrán estar trabajando en sus mejores posibilidades, quedan en desventaja. Puede llegarse al extremo de que la única posibilidad de que las empresas mexicanas continúen vendiendo sus productos es que el oferente recién instalado no tenga la capacidad de producción suficiente para poder abastecer a todo el sector consumidor. En tales condiciones, alguna de las posibilidades de los competidores en desventaja será, o bien rentar la patente, o bien, subterfugiamente, permitir el ingreso de la empresa propietaria de la patente, a su capital y a su administración.

Esta irregularidad está parcialmente contemplada por la Ley del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, pero no puede considerarse como una disposición antimonopolio típica como veremos en la siguiente parte de este estudio.

### H. *Combinaciones de gran escala*

Otra de las formas violentas de absorción monopólica consiste en las combinaciones de gran escala que se propalan entre dos o más de los competidores importantes, con el objeto de hacer desaparecer a otra empresa menor pero con una buena presencia en una región de-

terminada. En este momento, es de hacer notar que la ausencia de un eficiente sistema antimonopolio en nuestro país ha provocado que en relativamente poco tiempo algunos grupos empresariales lleguen a detentar tal presencia y poder, que lleguen a ubicarse en la posibilidad de poder distribuirse los mercados nacionales y regionales con un respeto mercantil de características medievales.

La absorción producto de combinaciones interempresariales está claramente contemplada como un acto sancionable por nuestra legislación antimonopolio, sin embargo, como dijimos más atrás, para poder intentar cualesquiera acciones de impugnación, previamente debe haberse comprobado que tal combinación redundó, o podría redundar, en un perjuicio evidente para el público consumidor. Sobre el particular cabe mencionar que para 1988 sólo estuvieron inscritos en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 4 peritos en Economía, de los cuales 3 no tienen experiencia por no haber sido llamados a ello, respecto del desahogo de una prueba macroeconómica de esta índole que pudiera permitir una comodidad clara en el ejercicio de alguna acción de recuperación.

### *I. Compra de acciones bursátiles*

A pesar de que la generalidad de las conductas monopólicas típicas o atípicas de nuestro medio se presentan entre una empresa grande y una relativamente menor, existen casos en que dos empresas de igual magnitud pugnan por apropiarse del mercado de la otra, abordando para ello alguna de las hipótesis de monopolio que prevé nuestro sistema. Algunos casos podrían ser los siguientes.

Una de las características del régimen de protección a minorías que establece la Ley de Sociedades Mercantiles, es la de permitir a los tenedores de cuando menos el 25% del capital, acreditar un número importante de consejeros en el consejo de administración, en función del número de consejeros previsto en los estatutos sociales. Si alguna empresa competidora tiene cotizadas sus acciones en la bolsa de valores, alguna otra puede, mediante la operación conocida como "hormiga" adquirir poco a poco y a cualquier precio, la totalidad de las acciones disponibles colocadas en la bolsa por su competidor. Es así que en un tiempo relativamente corto, la adquiriente bursatil puede llegar a reunir no sólo el porcentaje necesario para abrir derecho a protección de minorías, sino inclusive un porcentaje superior, por la utilidad artificial que imprime en las acciones por la súbita e inexplicable alza

que experimentan en la bolsa. Reunido así el porcentaje de acciones adquirido, se accede a una participación sorpresiva, precisamente en la mesa del consejo de su más formidable competidor, el que, como es fácil entender, sufrirá una conmoción que provoca reacciones de todo tipo.

Esta situación, que efectivamente se ha presentado en el medio mexicano, fundamentalmente en los últimos 5 años, que debiera circunscribirse a los límites del comercio desarrollado en cualquier forma, ha generado un desacomodo tal en la opinión pública, que se ha hecho necesaria la participación de las autoridades federales competentes en un primer momento de solución del conflicto, que por haber resuelto circunstancialmente, han dejado al descubierto la ausencia de un proceso específico de solución a conflictos monopólicos, a la vez que su imperiosa necesidad.

#### IV. MARCO LEGAL DE LA DEFENSA ANTIMONOPOLIO

Los cuerpos legales que conforman el conjunto del sistema antimonopolio en nuestro país en la forma en que se detalla a continuación, son los siguientes:

1. Artículo 28 de la Constitución General;
2. Ley General de Monopolios;
3. Ley de Inventiones y Marcas;
4. Código Penal;
5. Ley del Impuesto sobre la Renta;
6. Ley Federal de Protección al Consumidor;
7. Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (Ley de Inversiones Extranjeras);
8. Código Civil para el Distrito Federal.

Antes de pasar a analizar la consistencia de cada uno de los dispositivos antimonopolio que se contienen en esta legislación, es importante hacer la siguiente precisión de orden procesal.

Es opinión de este autor, y la Corte así lo ha sostenido en tantas ocasiones suficientes como para formar jurisprudencia,<sup>12</sup> que la garan-

<sup>12</sup> La Suprema Corte ha resuelto que la garantía de audiencia debe constituir un derecho de los particulares, no sólo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente a la autoridad legislativa, que queda obligada a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé oportunidad de defensa en aquellos casos en que resulten afectados sus

tía de audiencia consagrada en favor de los particulares por el artículo 14 constitucional, no consiste solamente en la especificación de los derechos a los que se tiene acceso, previstos en la ley, sino que es indispensable que la propia ley establezca el procedimiento por medio del cual los gobernados pueden hacerlos valer. Ahora bien, en el caso específico de las empresas que sufren las repercusiones de una conducta monopólica deliberada, no obstante que como veremos en seguida algunos dispositivos legales no sólo enuncian el tipo ilícito administrativo, sino que incluso organizan la cantidad de pena, no aparece en parte alguna de estas leyes el procedimiento idóneo que las empresas perjudicadas pudieran intentar en contra del sujeto activo del monopolio, y consecuentemente, desde este punto de vista creemos que no se encuentra debidamente protegida la garantía de audiencia en estos negocios. En el mismo sentido, es de destacar que no aparece en la siguiente legislación, cuando menos no de una manera clara e idónea, la forma en que la empresa víctima de un agente monopolizador puede demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.

#### A. *Artículo 28 de la Constitución*

Este dispositivo establece las bases dogmáticas del principio al cual debe circunscribirse tanto la actividad de los particulares como de la administración. Por una parte, quedan prohibidos los monopolios, y en consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración y acaparamiento que tenga por objeto obtener el alza de los precios, así como todo acuerdo para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí, y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general (continúa el dispositivo dogmático) todo lo que constituya una ventaja exclusiva indevida a favor de una o varias personas determinadas "y con perjuicio del público en general o de alguna clase social". El dogma dispositivo es, por supuesto, en favor del público en general o de alguna "clase social". No existen dudas de que los comerciantes no se consideran como una "clase social"; luego entonces no son las personas, necesariamente los sujetos pasivos directos de la actividad monopólica, las que han merecido la protección del dogma constitucional; categórica definición que encontraremos a todo lo largo de las legislaciones en contacto con la fenomenología del monopolio.

derechos. 5 Tesis en el mismo sentido; visible en el Informe 1982, primera parte, tésis 1, página 333.

## B. *Ley de Monopolios*

Como ya dijimos, esta ley tipifica en sus artículos 3, 4 y 5, las tres alternativas de ilicitud: (i) el monopolio, (ii) los actos que se presumirán un monopolio; y (iii) los actos tendientes al monopolio. Igualmente, y de manera indiscriminada y consecuentemente de aplicación a las tres hipótesis, la ley de monopolios sanciona en sus artículos 19 a 21 con una cantidad de pena similar que va desde la clausura temporal o definitiva para reincidencia, hasta multa administrativa.

Tratándose de una de las más importantes leyes de las denominadas "administrativas", que organizan el orden económico de la actualidad, la autoridad competente para conocer su aplicación es, por supuesto el Poder Ejecutivo Federal. En efecto, las facultades de aplicación, revisión y sanción de esta ley corresponden, en primer término a la Dirección General de Inspección y Vigilancia de la SECOFI (artículo 26, fracciones I, II y IV del Reglamento Interior). No obstante, de conformidad con este propio reglamento (artículo 23, fracción II) la Dirección de Desarrollo de Comercio Interior resulta igualmente competente respecto de la aplicación, y fundamentalmente respecto de la emisión de las resoluciones conducentes a obtener un cabal cumplimiento de la Ley de Monopolios. La falta de claridad en este último dispositivo ha provocado, cuando menos, confusión entre los particulares que desean solicitar la participación de la SECOFI en un negocio de monopolio. En efecto, este reglamento de 1986 no permite conocer con certeza jurídica cuál es la Dirección ante la que debe presentarse una denuncia de hechos violatorios de la Ley de Monopolios. En nuestra opinión la competente es la de Inspección y Vigilancia por lo siguiente:

Primero, porque no puede haber dos direcciones competentes para el mismo negocio, igualmente, porque la participación del Poder Ejecutivo es, de tipificarse en ese sentido, fundamentalmente la de una intervención sancionadora, actividad que está reservada precisamente a la Dirección General de Inspección y Vigilancia; no obstante la claridad de las facultades de esta Dirección en los negocios de monopolio, esta misma definición no permite dudas de que ni ésta ni cualquiera otra Dirección de ésta u otra Secretaría tiene facultades para calificar ni la amplitud de la infracción ni la cantidad de daño causado en la empresa sujeto pasivo del monopolio, ni la manera en que se le puede resarcir el daño así experimentado.

### C. *Ley de Invenciones y Marcas*

Esta Ley, así como el Convenio de París y su Protocolo de Estocolmo, artículos 10 y 10 Bis, establece la obligación para el gobierno del país signatario de "prohibir y perseguir cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos, o la actividad industrial o comercial de un competidor, así como las aseveraciones falsas capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

De primera lectura podría fácilmente concluirse que tanto la Ley como el Convenio de París establecen hipótesis sancionables que incumben a la actividad monopólica, consistente en el desprestigio deliberado para el desplazamiento o para la adquisición forzada. No obstante, de conformidad con nuestra modesta experiencia, las denuncias presentadas por este motivo en la Dirección General de Patentes y Marcas de la SECOFI, tienen como resultado que esa Dirección se declare incompetente, en virtud de que la denuncia no involucra patentes, marcas o nombres comerciales y no obstante que el artículo 10 y 10 Bis del Convenio de París, no discriminan entre desprestigio que involucre una marca o no. De conformidad con el artículo 2 de la propia Ley de Invenciones y Marcas, así como el artículo 14, fracción XI, del Reglamento Interior de la SECOFI, no corresponde a otra Dirección que la de Patentes, Marcas y Desarrollo Tecnológico, la vigilancia de la aplicación del Convenio de París; siendo así que, en nuestra opinión, en el caso específico del desprestigio, el desacreditamiento y la confusión deliberada, y en abstracción total de la implicación que puedan tener marcas o patentes, esta Dirección tiene autoridad, y debiera participar en ese sentido, en estos casos específicos de monopolización.

### D. *Código Penal*

En un claro concierto con la producción legislativa de aquel entonces, el legislador del Código Penal previó en 1932, en su artículo 353, fracción I, incisos a, b y d, un tipo penal extraordinariamente bien planteado, del siguiente tenor:

Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de dos a nueve años y multa de 10,000.00 a 250,000.00, los siguientes:

- I. Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional que consisten en:
- a) El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores.
  - b) Todo acto o procesamiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar, la libre concurrencia en la producción o en el comercio.
  - d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia en sí, y que traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.

Como se observa una vez más el legislador puso el acento importante de calificación típica, en el expediente de la necesidad de que se cause un daño al consumidor o al usuario. Esta hipótesis, por ejemplo, en el caso del método monopolizador por arruinamiento de precios es prácticamente imposible de probar; se probaría precisamente lo contrario. Sin embargo, en nuestra opinión este es uno de los tipos legales más precisos de los que dispone nuestra legislación, para determinar en qué consiste una actitud monopólica. Desafortunadamente el impulso contenido en un Código Penal es eminentemente perseguidor y no restitutivo de una situación de quebranto provocada por conductas monopólicas.

### *E. Ley del Impuesto sobre la Renta*

Con una vocación fiscalizatoria y consecuentemente distinta a las anteriores, la Ley de Renta establece una regla que permite suponer la concordancia del sistema federal en su conjunto, dirigido específicamente a sancionar las ventas que se hagan a menos del precio de su costo, que como vimos anteriormente, es una de las prácticas más difundidas entre las empresas con tendencias monopólicas.

El artículo 64 de esta Ley concede facultades a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para determinar presuntivamente el precio en que los contribuyentes enajenen sus bienes, cuando las operaciones de que se trate se pacten a menos del precio del mercado o cuando el costo de adquisición sea mayor que dicho precio. Desde el punto de

vista del litigante, es importante tener presente este dispositivo de orden fiscalizador, en el evento en que un sujeto activo de monopolio decida abaratar sus precios de manera ruinosa. De esta manera, el litigante podría cuadrricular adecuadamente la totalidad de las medidas de defensa que vaya a desarrollar.

#### F. *Ley Federal de Protección al Consumidor*

Si bien no de manera directa pero si consecencial, la Procuraduría Federal de Consumidor puede llegar a tener un interés jurídico en presencia de actos monopólicos. En efecto, el artículo 59, fracción VII de esta Ley, concede facultades a la Procuraduría para denunciar ante las autoridades competentes los acontecimientos en que se presume la existencia de prácticas monopólicas o tendientes a la creación de monopolios, así como las que violen las disposiciones del artículo 28 constitucional y de sus leyes reglamentarias.

Si por cualesquiera circunstancias un consumidor presenta una queja en contra de un sujeto activo de monopolio en una reclamación que a su vez muestre circunstancias aparentemente violatorias de la Ley de Monopolios esta procuraduría, en su carácter de *ombudsman* podrá injerir en el negocio mediante denuncia expresa, por supuesto ante la dirección competente para ello, que como ya vimos es la Dirección General de Inspección y Vigilancia de la SECOFI; e inclusive, mediante la imposición de primeras multas, para el caso de no rectificación.

No obstante, y fundamentalmente por la especialidad de la Procuraduría, la precisión hecha antes, en el sentido de que el diseño de los dispositivos legales que en cualquier forma puedan sancionar la conducta monopólica, lo son en favor del consumidor y no de la competidora dañada es, en este caso, todavía más clara.

#### G. *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*

Esta Ley, así como su sistema legal y reglamentario de conjunto, contiene reglas interesantes de protección antimonopolio, que si bien presentan una clara y exclusiva vocación de organización transnacional, se presentan tan eficientes desde el punto de vista de su concepción, que sería deseable su consideración como la inspiración de una legislación integral en torno al antimonopolio.

En primer término, los criterios que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras debe evaluar obligatoriamente, a fin de autorizar, condicionar o negar la autorización de una inversión extranjera son, dentro de otros (artículo 13, fracciones I, II y X), los siguientes:

1. La inversión solicitada no debe implicar el desplazamiento de empresas mexicanas operando satisfactoriamente.
2. No debe tender a ocupar posiciones monopolísticas, y
3. No debe dirigirse a campos de actividades adecuadamente cubiertos por empresas mexicanas.

Esta evocación normativa, cuasiquimérica, tiene una aplicación cuestionable a nuestro entender, por las siguientes razones: (i) de aplicarse irrestrictamente estos criterios de filtro, la inversión extranjera podría resentir cualquier magnitud de inhibición, precisamente en un momento en el que, coyunturalmente, no sólo las inversiones transnacionales, sino las nacionales, son altamente necesarias; (ii) determinar si una empresa mexicana está operando satisfactoriamente en relación a la forma de operación potencial de una transnacional, o determinar si la amplitud de cobertura de la empresa mexicana respecto del sector industrial en el que se solicita invertir es suficiente exclusivamente en uso de información y recursos puramente administrativos, son responsabilidades ejecutivas que aun con la mayor aplicación y voluntad no se pueden completar de manera exhaustiva, consecuentemente el margen de error (y el error implicaría precisamente la conformación de un monopolio transnacional) no es bajo.

Otras reglas a mencionarse son las contenidas en los artículos 9 y 10 de la Ley, según los cuales, en caso de que una empresa mexicana esté en venta, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras está obligada a promover, entre mexicanos, su adquisición; al extremo de que las empresas mexicanas dispondrán de un derecho de tanto por 90 días prorrogables por una sola vez, para optar por dicha adquisición. Desafortunadamente nuestra experiencia no tiene conocimiento de que estos dos artículos se hayan aplicado; por el contrario se tiene noticia de que la Comisión Nacional ha autorizado a una empresa extranjera la adquisición del 100% de una empresa establecida en nuestro país, y puesta en venta por las razones que sean, sin que los nacionales hayan tenido conocimiento y, consecuentemente, sin que hayan podido hacer valer sus derechos de tanto y de preferencia en la promoción, a que nos estamos refiriendo.

Consideramos que la falta de respeto a la garantía de audiencia a que nos referimos más arriba, en el sentido de que los particulares no sólo deben conocer sus derechos, previstos en la Ley, sino que ésta debe establecer el procedimiento mediante el cual los pueden hacer valer, es una insuficiencia legal que en la Ley de Inversiones Extranjeras resulta evidente; si bien por la especialidad de esta ley, sólo en perjuicio de la inversión mexicana.

#### H. *Código Civil*

Otra de las acciones antimonopolio que, a nuestro entender, son ejercitables en contra del sujeto activo monopolizador, está organizada en el artículo 2267 del Código Civil que a la letra dice: "Son nulas las ventas que produzcan la concentración o acaparamiento, en una o en pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tengan por objeto obtener el alza de los precios de esos artículos".

Nuestra experiencia no conoce un caso en el que este artículo haya sido fundamento legal de una acción judicial antimonopolio, que sería por supuesto una acción de nulidad. Si, no se diga el público lesionado, sino incluso un competidor, llegase a comprender en su dimensión la fuerza judicial de nulidad contenida en este dispositivo, tal tenderá a ser utilizada con una frecuencia correspondiente a aquélla en que se presentan las conductas monopólicas y, por tanto, cuando menos la mortificación de un litigio podría significar en algún grado otro de los factores de inhibición para el sujeto activo de esta infracción.

#### I. *El Código Civil y la posibilidad de resarcimiento de los daños*

Como hemos dicho, no existe en el elenco de disposiciones antimonopólicas que se acaba de revisar, la previsión de que, una vez tipificado el monopolio en la conducta de su sujeto activo, éste quedó obligado a resarcir los daños provocados en el patrimonio de la empresa perjudicada, la que, como único beneficio de la aplicación de tales leyes ve simplemente restituidas las condiciones del mercado que el sujeto activo alteró, pero no ve en forma clara la manera en que le podrían ser resarcidos los daños patrimoniales sufridos durante el combate monopólico. Una vez más, el compendio normativo por excelencia, el Código Civil, es el que aparentemente nos ofrece la solución idónea.

El artículo 1910 del Código Civil establece que, "quien obrando ilícitamente le cause daño a otro, está obligado a repararlo". Sobre el particular las siguientes precisiones.

Si el acto ilícito es, simplemente, aquel que viola, contradice o desoye una ley de orden público, luego entonces aquel que se ubique en alguna de las hipótesis de infracción organizadas por la Ley de Monopolios (una ley de orden público), o que se ubique en cualquiera otra de las que involucra la protección antimonopólica que hemos venido comentando, concomitantemente se ubica en la hipótesis de fuente obligacional a que se refiere este célebre artículo 1910, en la medida que se pruebe que, además de haber obrado ilícitamente, el infractor causó daños a la empresa víctima del monopolio. El principal negocio procesal será, entonces, la prueba de la conducta ilícita, en el sentido de que el sujeto activo del monopolio violó alguna de las leyes mencionadas.

En el caso, por ejemplo, de la invasión de un derecho de autor, la ley correspondiente establece que, antes de intentar acciones de restitución patrimonial por el daño causado, previamente la Dirección General de Derechos de Autor, es decir, la autoridad ejecutiva, deberá dictar una resolución en el sentido de que en efecto, el invasor violó los derechos personales del autor. Otro tanto, en la invasión de patentes, marcas y en general la propiedad industrial, la Ley correspondiente establece que la Dirección General de Patentes, Marcas y Desarrollo Tecnológico debe emitir una resolución que califique los actos denunciados, precisamente como una invasión; calificación necesaria para que prosperen las acciones ya civiles o penales que pertenezcan al propietario invadido. De manera equivalente, y a pesar de no estar previsto específicamente de esta manera en el material legal antimonopolio, si la empresa que se considere agredida monopólicamente denuncia los hechos correspondientes ante la Dirección General de Inspección y Vigilancia de la SECOFI (que como vimos es la facultada para conocer, interpretar y sancionar la Ley de Monopolios) y finalmente obtiene que esta Dirección emita una resolución administrativa en el sentido de que, efectivamente, el presunto sujeto activo de monopolio incurrió en alguna de las hipótesis contempladas por la Ley, en independencia de que se apliquen sanciones administrativas o no, el denunciante, si presenta como prueba pública de la conducta ilícita dicha resolución ante el juez civil, y además consigue comprobar, mediante nexos de causalidad propios del procedimiento, que dicha ilicitud le provocó daños ciertos y cuantificados, la prosperidad de una acción de recuperación de esta índole resulta creíble.

No obstante la aparente aplicabilidad de este artículo 1910 a la posible recuperación de los daños de una víctima de monopolio, es claro

que no se trata de un procedimiento especial, sino de una regla enteramente legal.

## CONCLUSIÓN

La presencia frecuente de conductas monopólicas de cualquier magnitud y bajo diferentes formas, que dañan hasta punto de no retorno a competidores leales y menores, es por supuesto una realidad innegable. Por no haber sido este el centro de atención del legislador de 1933, las disposiciones de la Ley de Monopolios no son suficientes para inhibir dichas actividades, y consecuentemente, las empresas monopolizadoras han encontrado en la economía mexicana un medio propicio. Por otra parte, los enunciados dogmáticos que prohíben el monopolio, carecen de la especificación del procedimiento del que se podría valer un sujeto pasivo de monopolio, para poder defenderse de manera creíble; situación que compromete la constitucionalidad del material legal aplicable, fundamentalmente por cuanto se refiere al respeto de la garantía de legalidad por no previsión del procedimiento. Una gran cantidad de empresas pequeñas y aun medianas tienen como foco principal de mortificación la amenaza del monopolio de sus competidoras; de esta forma, no es imposible que alguna de las razones del desacomodo y deficiencia del mercado en su conjunto, se deba precisamente a la falta de sustento y de seguridad jurídica de las competidoras pequeñas, motivada por la carencia de instrumentos de defensa idóneos en contra de grandes empresas que, simplemente, aprovechan la situación.

Es de recordarse que uno de los instrumentos que han permitido el extraordinario desarrollo de algunos países capitalistas, es precisamente la disposición de una legislación antimonopolio de práctica constante; circunstancia que subraya y justifica la existencia del derecho de monopolios, como materia obligatoria, en la mayoría de las universidades estadounidenses y europeas, siendo que, en nuestro país, no tenemos conocimiento de que dicha materia exista, ni aun con carácter optativo, cuando menos no desde un punto de vista mercantil, del comercio a cualquier escala.

En suma, la revisión de la Ley antimonopolios, y la legislación que en cualquier forma organice alguno de sus perfiles o síntomas, es apremiante; revisión que, de hacerse, sería recomendable que considerara como bien jurídico tutelado, no el consumidor, sino la empresa y el sistema económico que el Poder Ejecutivo haya decidido implantar,

toda vez que, de obviar satisfactoriamente la seguridad comercial tanto de empresas como del sistema económico, el principal, y tal vez el único beneficiado sería, por supuesto, el consumidor. Dicho en otra forma, en nuestra opinión una protección eficiente del consumidor, sólo puede procurarse establemente a través de una consecuencia, y no como un fin en él mismo.

La protección que se le conceda sobre la calidad y puntualidad de los bienes y servicios que adquiriera, largamente eficiente en nuestro país, es suficiente. La ley necesaria, apremiante, es la que proteja a las empresas leales, de las desleales.