

LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA ECONÓMICA DE MÉXICO: HACIA EL DESARROLLO DE UNA LEY MEXICANA ANTIMONOPOLIOS

Joshua A. NEWBERG¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Cláusulas principales de la Ley*. IV. *Limitaciones y exenciones*. V. *Áreas de duda*. VI. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 1992, el gobierno de México aprobó la Ley Federal de Competencia Económica (LCE). Esta ley antimonopolios, que entró en vigor en junio de 1993,² derogó a la Ley Orgánica de Monopolios de 1934,³ ya obsoleta, y puso en vigor un régimen de prohibiciones antimonopólicas sustantivas con una nueva estructura ejecutiva a cargo de una Comisión Federal de Competencia. En México, al igual que en un gran número de países en desarrollo y/o que no competían en el mercado, la política de competencia no fue motivo

1 El autor agradece la valiosa ayuda y sugerencias de James Castello, Dale Collins, Linda Eddleman, David Frederick, Luis Gómez-Sánchez, Robert Herztein, Janet Jaynes, Carlos Ortiz-Mena, Leonel Pereznieta Castro. (Comisionado Federal de Competencia Económica), Jeanette Richmond, Lisa Schrader, Gary Springer, Charles Stark, el profesor Don Wallace y Paude Yde.

2 Ley Federal de Competencia Económica (aprobada el 24 de diciembre de 1992); "Mexican Antitrust Agency Opens" *Wall Street Journal*, 24 de junio de 1993, p. A9; "Government Explains Rationale, Program for Anti-monopoly Legislation" 2 *Mexico Trade & L. Rep.*, 1 de diciembre de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente Mexico Trade & Law Report.

3 Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios (1934); véase también Santiago Levy, "Mexican Regulators Humming the Deregulation Rag", *Wall Street Journal*, 30 de junio de 1993, p. A9 ("México tuvo una ley antimonopolios desde 1934, pero resultó ineficaz ya que sus disposiciones no cubrían un número extenso de comportamientos anticompetitivos").

de preocupación dentro del sector público o privado durante gran parte de su historia.⁴ Con la entrada en vigor de la LCE, sin embargo, es probable que las cuestiones antimonopólicas adquieran mayor relevancia en la planeación empresarial de toda firma nacional o extranjera que invierta u opere en México.⁵

El presente artículo ofrece un panorama general sobre el régimen antimonopólico a que ha dado lugar la Ley Federal de Competencia Económica. En la sección I se describen los antecedentes y el contexto en que entró en vigor la LCE. En la sección II se hace una revisión de las principales disposiciones sustantivas de la ley. En la sección III se discuten algunas limitaciones y exenciones claves de la LCE. La sección IV explora dos de las áreas más dudosas e importantes de la ley: (1) el tratamiento que dará la Comisión Federal de Competencia a los monopolios y oligopolios que surgieron con anterioridad a la entrada en vigor de la LCE, y (2) el papel que desempeña la revisión judicial en el desarrollo de una jurisprudencia antimonopolios característicamente mexicana.

II. ANTECEDENTES

La Ley de Competencia Económica representa un paso importante dentro de un proceso continuo de apertura de la economía mexicana

4 Véase, por ejemplo, Fraser, Damian, "Peril and Potential South of the Rio Grande", *Financial Times*, 3 de junio de 1992, p. 17 (tomando en cuenta que México no contaba con "ninguna ley antimonopolios...a la cual referirse" a partir de 1991) German; Rafael, Latin American Antitrust, *14 Law Am.* 1, p. 1 (1982) ("En términos generales, [en América Latina] el control directo de las prácticas comerciales restrictivas a través de la legislación antimonopolios ha tenido escasa importancia"). Cfr. Cabanellas, Guillermo, y Etzrodt, Wolf, "The New Argentine Antitrust Law: Competition as an Economic Policy Instrument", *17 J. World Trade L.* 34, p. 34 (1983) ("Desde hace varias décadas", Argentina tiene una legislación antimonopolios, pero su aplicación "era muy limitada").

5 En relación con los retos de establecer políticas de competencia dentro de economías en desarrollo y/o que no participaban en el mercado, véase Reynolds, Michael J., "The Role of Competition Law in Central and Eastern Europe", *20 Int'l Bus. Law*, p. 510 (1992); Kovacic, William E., "Competition Policy, Economic Development and the Transition to Free Markets in the Third World", *61 Antitrust L.J.*, p. 253 (1992); Davidow, Joel, "The Relevance of Antimonopoly Policy for Developing Countries", *37 Antitrust Bull.*, p. 277 (1992); Lagenfeld James, y Blitzer, Marsha W., "Is Competition Policy the Last Thing Central and Eastern Europe Need?", *6 Am. U.J. Int'l L. y Pol'y*, p. 347 (1991); Fox, Eleanor M., "Comments on Draft Bulgarian Antitrust Law", *60 Antitrust L.J.*, p. 245 (1991); Waller Spencer W., y Muentz, Rafael, "Competition Law for Developing Countries: A Proposal for an Antitrust Regime in Peru", *21 Case W. Res. J. Int'l L.*, p. 159 (1989).

a la competencia económica interna e internacional.⁶ Después de casi cuarenta y cinco años de seguir un modelo introspectivo y estatal de desarrollo económico, México, durante los ochenta, y bajo los regímenes presidenciales de Miguel de La Madrid Hurtado (1982-1988) y de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994),⁷ emprendió un camino totalmente diferente de economía orientada hacia el mercado. Al inicio de los ochenta, la economía mexicana se caracterizaba por su arraigo en la restricción a las importaciones y por un sector industrial que, en gran parte, era propiedad del gobierno, quien se encargaba de su manejo.⁸ A partir de los últimos años de la administración de De la Madrid, el gobierno de México estableció políticas que dieron como resultado la privatización de un gran número de industrias que eran propiedad del Estado,⁹ la liberalización y racionalización de las leyes y reglamentos que rigen la inversión extranjera en México,¹⁰ el acceso al

6 El Gobierno de México opera actualmente bajo el Plan Nacional de Desarrollo de 1989-1994, del cual forma parte la LCE. Véase Levy, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 9 ("La desregulación ha hecho posible una mayor competencia en aquellos sectores donde el acceso de empresas privadas se veía sujeto a barreras artificiales, o bien a la monopolización gubernamental.").

7 Un comentarista resumió esta transformación económica de la siguiente manera: "Durante los ochenta, México experimentó lo que los científicos sociales de América Latina han llamado un cambio en su 'modelo de desarrollo'. Quedó atrás el modelo de industrialización de sustitución de importaciones que caracterizó a México desde los años treinta. En su lugar, México se ha convertido en una economía abierta donde la intervención del Estado se rige por un marco jurídico e institucional diferente. De acuerdo con este nuevo modelo, la tendencia es que el libre mercado reemplace a la regulación, que la propiedad privada sustituya a la propiedad pública, y que la competencia, incluyendo aquella respecto a los artículos y a la inversión extranjeros, reemplace al proteccionismo." Lustig, Nora, *Mexico: The Remaking of an Economy*, p. 1 (1992).

8 *Idem*, pp. 14-27, 96-140; Núñez, Wilson P., *Foreign Direct Investment and Industrial Development in Mexico*, pp. 15-70 (1990); Cypher, James M., *State and Capital in Mexico* 127, pp. 41-153 (1990) (donde se indica que, todavía en 1987, 41.2% del ingreso tributario del gobierno de México provenía de empresas estatales).

9 Véase, en general, Lustig, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 96-113; Martínez, Carlos E., "Early Lessons of Latin America Privatization", *15 Suffolk Transnat'l. L.J.*, p. 468 (1992). Entre 1982 y 1991, disminuyó el número de empresas que eran propiedad total o parcial del gobierno de México de más de 1,000 a 269, Lustig, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 105.

10 Para un análisis detallado de las reformas recientes a la reglamentación de la inversión extranjera en México véase, en general, Kepner, Jr., J. Hayden, "Mexico's New Foreign Investment Regulations: A Legal Analysis", *8 Syracuse J. Int'l L. & Com.*, p. 41 (1992); Koslow, Lawrence E., "Mexican Foreign Investment Laws: An Overview", *18 Wm. Mitchell L. Rev.*, p. 441 (1992); Torres Landa R., Juan Francisco, "The Changing Times: Foreign Investment in Mexico", *23 Int'l. & Poly'y*, p. 801 (1991); Carrillo, Arturo, nota, "The Mexican Revolution", *24 Geo Wash. J. Int'l L. & Econ.*, p. 647 (1991); Kaye, Dionisio J., "Mexico: Liberalizing Foreign Investment", *4 Temp. Int'l & Comp. L.J.*, p. 79

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)¹¹ y a la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) con Canadá y Estados Unidos. De hecho, la estrecha relación entre la liberalización del comercio internacional y la competencia interna se reconoce en el artículo 1501 del TLC firmado por los tres gobiernos de América del Norte en el otoño de 1992. Esta disposición establece que "cada parte deberá adoptar o mantener medidas que prohiban las conductas comerciales anticompetitivas, y deberá tomar las acciones que correspondan..."¹² Aunque la LCE no entró en vigor en estricto apego al TLC, es compatible con los términos del artículo 1501 y con la liberalización general de la economía mexicana.¹³

En la Exposición de Motivos con la cual el presidente Salinas de Gortari sometió la LCE al Congreso de la Unión también se subraya la relación que existe entre la competencia interna y la competitividad industrial internacional. En ella, el presidente declaró: "de conformidad con la política manufacturera y comercial instrumentada bajo mi mandato, las industrias del país deberán enfrentarse a la competencia dentro de México con objeto de adquirir eficiencia como exportadores y como proveedores de servicios para los consumidores mexicanos".¹⁴

(1990). Véase también Núñez, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 15-70 (historia económica y análisis de la inversión extranjera directa en México).

11 Véase Lustig, *op. cit.*, *supra* nota 6 pp. 130-32 (donde se describe la entrada de México al GATT en 1986 y las consecuentes reformas a la legislación mexicana sobre comercio internacional).

12 Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre de 1992, Estados Unidos-Canadá-México, artículo 1501, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente NAFTA. En vista de que el artículo 1501 del TLC no está sujeto a las disposiciones sobre resolución de disputas que se incluyen en el Acuerdo, los términos de la ley de competencia son jurídicamente exhortativos, más que mandatorios. "Ninguna de las partes podrá recurrir a la resolución de disputas según el presente Acuerdo en relación con cuestiones que se deriven del presente artículo." *Idem*, art. 1501(3) (El texto se encuentra actualmente bajo revisión y por lo tanto podría cambiar ligeramente).

13 "Mexican Anti-Monopoly Laws Brought Into Line with U.S. Legislation", Servicio Informativo Notimex, 29 de noviembre de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente México (la LCE "acerca aún más a la legislación mexicana con aquella de sus vecinos del norte, y está de acuerdo con los términos actuales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte"); "Official Says Mexico To Change Its Laws On Trade And Investment, 59 *Banking Rep.* (BNA), p. 742 (23 de noviembre de 1992), disponible en *Lexis*, BNA Library, expediente Informes Bancarios (en donde se relaciona la declaración sobre la LCE que hizo el secretario de Comercio y Fomento Industrial de México con las negociaciones del TLC).

14 Exposición de motivos ante el Congreso de la Unión en relación con la Ley Federal

III. CLÁUSULAS PRINCIPALES DE LA LEY

1. Estructura para la ejecución administrativa

Para la aplicación de la Ley de Competencia Económica, sus normas prevén el establecimiento de una Comisión Federal de Competencia¹⁵ integrada por cinco miembros; esta Comisión actuará como “órgano administrativo autónomo” dentro de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI).¹⁶ Se autoriza a la Comisión a (1) llevar a cabo investigaciones sobre violaciones a la ley, a solicitud de las partes interesadas o de oficio por la propia Comisión;¹⁷ (2) emitir su opinión sobre reglamentos administrativos y determinar el monto de las sanciones por violaciones (y por desacato a la Comisión); (3) realizar consultas sobre aspectos relacionados con la Ley de Competencia, y (4) participar en la negociación de convenios internacionales sobre política de competencia.¹⁸

2. Prácticas prohibidas por la Ley de Competencia Económica

Al establecer las prohibiciones antimonopólicas sustantivas, la Ley de Competencia Económica hace una distinción entre prácticas

que rige la Competencia Económica, p. iv (18 de noviembre de 1992) [de aquí en adelante “Exposición de motivos”]. Véase también Robberson, Tod, “For Mexico, A Revolution on the Line”, *Washington Post*, 11 de noviembre de 1993, p. A2 (“Desde su toma de posesión en 1988 [el presidente] Salinas ha instituido medidas a veces dolorosas para dismantelar la planeación centralista de tipo socialista y abrir a México hacia el libre mercado, la empresa privada y el comercio con el exterior”).

15 El Presidente de México nombra a los miembros por periodos renovables de 10 años y sólo podrán ser destituidos por “causas comprobadas de malos manejos”. Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. IV, artículos 25 y 27. Antes de entrar en vigor la LCE no existían en México estructuras legales para investigar y juzgar faltas a la Ley de Competencia.

16 Ni la SECOFI ni el presidente de México tienen facultad jurídica para revocar las decisiones de la Comisión Federal de Competencia. Los dictámenes de la Comisión sólo pueden ser revisados y/o revocados por los Tribunales Federales. Entrevista telefónica con el doctor Leonel Pereznieta Castro, Comisionado Federal de Competencia Económica (12 de octubre de 1993).

17 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. II, art. 15.

18 *Idem*, cap. IV., art. 24.

comerciales anticompetitivas “absolutas” y “relativas”. Esta resulta escasamente análoga a la distinción que contiene la ley antimonopolios de Estados Unidos entre violaciones “*per se*” abiertamente anticompetitivas y prácticas anticompetitivas que se evalúan de acuerdo a la “regla de la razón”.¹⁹ Como generalmente sucede con la ley antimonopolios de Estados Unidos, la tipificación de la violación determina el análisis que deberán aplicar las autoridades ejecutoras y los tribunales.²⁰

a) *Prácticas anticompetitivas absolutas*

Las prácticas anticompetitivas “absolutas” o *per se* que califica la Ley de Competencia Económica incluyen los convenios *entre competidores* para la fijación de precios,²¹ la asignación de mercados,²² el amarre de ofertas,²³ o la reducción colectiva de la producción de bienes o servicios.²⁴ De conformidad con la doctrina de Estados Unidos, se considera que una práctica comercial anticompetitiva “absoluta” viola la LCE sin investigar el poder en el mercado,²⁵ la posible eficiencia o los factores en favor de la competencia que podrían justificar la limitación de la competencia.²⁶

19 Véase *Business Electronics Corp. contra Sharp Electronics Corp.*, p. 485 U.S., pp. 717, 723-24 (1988) (de acuerdo con las leyes de Estados Unidos, se aplicará el análisis de la regla de la razón a menos que una restricción caiga bajo la categoría de conducta “abiertamente anticompetitiva” que resulte ilegal *per se*); Hovenkamp, Herbert, *Economics and Federal Antitrust Law*, pp. 124-34 (1985) (donde se discuten problemas relacionados con la tipificación de violaciones).

20 Véase, por ejemplo, *Northwest Wholesale Stationers, Inc. contra Pacific Stationery & Printing Co.*, p. 472, U.S. pp. 284, 289 (1985) (“según las leyes de Estados Unidos] el enfoque *per se* permite emitir juicios categóricos en relación con ciertas prácticas comerciales que se ha comprobado son eminentemente anticompetitivas”); Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox*, pp. 18-19 (1978) (si la conducta es ilegal *per se*, el demandante sólo deberá probar que en realidad ocurrió; el resto de las restricciones se evalúan para determinar su efecto sobre la competencia en un caso particular).

21 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. II, art. 9(I) (los competidores no podrán decidir por sí mismos “fijar, aumentar, acordar o manipular la compra o venta de bienes y servicios”).

22 *Idem*, cap. II, art. 9(III) (los competidores no podrán decidir entre ellos mismos “dividir, distribuir, asignar o colocar segmentos de un mercado real o potencial”).

23 *Idem*, cap. II, art. 9(IV) (que impide realizar acuerdos para “establecer, fijar o coordinar ofertas, incluyendo acuerdos para abstenerse de participar”).

24 *Idem*, cap. II, art. 9(II) (que prohíbe acuerdos entre competidores “para producir, procesar, distribuir o vender sólo una cantidad limitada de artículos, o para restringir el número, volumen o frecuencia de los servicios que se ofrecen”).

25 Véanse notas 36 y 36 *infra* y texto que se incluye.

b) *Prácticas anticompetitivas relativas*

Las principales prácticas anticompetitivas “relativas” que se enumeran en la Ley de Competencia Económica incluyen convenios verticales de asignación de mercados (como en el caso de las franquicias),²⁷ mantenimiento de precios de reventa²⁸ y limitaciones verticales que no tienen que ver con los precios, y que se aplican a los distribuidores de bienes o servicios,²⁹ operaciones de exclusividad,³⁰ y negativas unilaterales para negociar.³¹ El tratamiento que se da a las prácticas anticompetitivas “relativas” de acuerdo a la LCE refleja el reconocimiento de que ciertas limitaciones pueden resultar competitivamente benignas o incluso pueden favorecer la competencia.³² Por lo tanto, no se considera que una práctica

26 Véase Exposición de motivos, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. vii (“los actos que constituyen prácticas inherentemente restrictivas se considerarán legalmente nulos o invalidados.”) En la Exposición de motivos también se indica que las prácticas restrictivas absolutas “no tienden a aumentar la eficiencia e invariablemente tienen un impacto directo y negativo sobre los consumidores y la economía en general”. *Idem. Cfr.*, Catalano, Inc. contra Target Sales, Inc., p. 446 U.S. pp. 643, 649 (1980) (“cuando una actividad concertada determinada entraña un riesgo obvio de impacto anticompetitivo sin valor compensatorio potencial aparente, el hecho de que una práctica resulte inocua dentro de un conjunto particular de circunstancias no impedirá que se le considere ilegal *per se*”).

27 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. II, art. 10(I) (el “establecimiento de convenios entre agentes económicos que no son competidores en la distribución exclusiva de bienes y servicios por tema o área geográfica, o por periodos específicos de tiempo...”).

28 *Idem.*, cap. II, art. 10(II) (“la imposición de precios... bajo los cuales los distribuidores o los proveedores deben vender o distribuir bienes y servicios”).

29 *Idem.*, cap. II, art. 10(II), (IV). Un ejemplo de “limitación vertical que no tiene que ver con los precios” sería que el productor X exigiera que un distribuidor manejara sólo la marca X como condición para surtirle productos marca X.

30 *Idem.*, cap. II art. 10(V) (“condicionar las ventas o las transacciones para la compra, adquisición, venta o abastecimiento de otro producto o servicio, generalmente de diferente naturaleza...”).

31 *Idem.*, cap. II, art. 10(V) (“la negativa unilateral de vender o surtir a determinadas personas los bienes o servicios generalmente disponibles y que se ofrecen para su venta pública”).

32 Véase Exposición de motivos, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. viii (donde se explica que ciertas restricciones “relativas” pueden favorecer la competencia). *Cfr.* Broadcast Music, Inc. contra Columbia Broadcasting System, Inc., p. 441 U.S. pp. 1, 20 (1970) (el determinar que existían ventajas a favor de la competencia en otras licencias de protección de transmisión justificó el análisis de la regla de la razón de esta restricción); Rothery Storage & Van Co., contra Atlas Van Lines, Inc., p. 792 F.2d pp. 210, 226-27 (1986) (donde se aplicó el caso Broadcast Music, Inc. contra Columbia Broadcasting System, Inc. para determinar que no existía violación anticompetitiva en las restricciones horizontales que fueran potencialmente eficaces o procompetitivas).

anticompetitiva "relativa" viola el reglamento antimonopolio mexicano a menos que (1) el propósito o efecto de la limitación "fuera excluir a otros agentes económicos del mercado, impedir de manera sustantiva su acceso al mercado, o establecer ventajas exclusivas en favor de una o más personas",³³ y (2) que la práctica la llevaran a cabo una persona o grupo de personas que tuvieran "poder considerable dentro del mercado en cuestión".³⁴

La encuesta sobre el poder del mercado, al igual que el procedimiento análogo de la legislación estadounidense, implica un proceso de dos etapas: primero, definir el producto y los mercados geográficos y, segundo, determinar si las personas que participan en la práctica anticompetitiva relativa tienen "poder sustantivo" en el mercado en cuestión.³⁵ Aunque la Comisión no ha emitido regla alguna para aclarar esta duda, el reglamento y la Exposición de motivos en que se explica la Ley de Competencia Económica sugieren que los encargados de redactar la LCE contemplan una definición de "mercado en cuestión" similar a la que utilizan las autoridades ejecutoras de Estados Unidos en su análisis para definir el mercado de conformidad con la ley antimonopólica de ese país.³⁶ Tanto la LCE como la Exposición de motivos sugieren, por

33 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. II, art. 10.

34 *Idem*, cap. II, art. 11(I).

35 *Idem*, cap. II, arts. 12, 13. Aunque el término "poder mercantil" no se utiliza específicamente en la LCE, el concepto resulta evidente en los capítulos II y III del reglamento. En el capítulo II, la determinación de si una entidad tiene "poder sustantivo dentro del mercado" depende, en parte, de su "participación en el mercado y de si puede fijar precios de manera unilateral o restringir el flujo de bienes y servicios dentro del mercado en cuestión...". *Idem*, cap. II, art. 13(I). En el capítulo II, el reglamento prohíbe las fusiones que "permitan... a la empresa... o al agente económico que resulte de la transacción fijar precios de manera unilateral o restringir sustantivamente el abastecimiento dentro del mercado en cuestión ...". *Idem*, cap. III, art. 17.

36 Según la Exposición de motivos presidencial: "Se alcanzan los límites de [cierto] mercado cuando un individuo o un grupo pueden aumentar los precios por encima del costo de producción sin enfrentarse a competencia de otras áreas geográficas, en situaciones donde no hay posibilidad de sustituir el producto por otros o de obtener un abastecimiento adicional dentro de un periodo determinado". Exposición de motivos, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. ix; Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. II, art. 12. Cf. Sherman Act & 2; Estados Unidos contra Grinnel Corp. *et. al.*, p. 384, U.S. pp. 563, 571 (1966); Section of Antitrust Law American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, p. 198 (3a. edición, 1992) [de aquí en adelante Desarrollos de la Ley Antimonopolios] ("El objetivo de definir el mercado es identificar a las firmas que compiten entre sí respecto a cierto producto y dentro de una área geográfica determinada, con objeto de establecer si otras firmas podrían limitar de manera eficaz los precios del supuesto monopolista").

otra parte, que la Comisión deberá examinar la participación en el mercado, las barreras para entrar en él, y la capacidad de la firma o firmas de que se trate para fijar precios o restringir la oferta, como elementos para analizar el poder mercantil.³⁷

3. *Fusiones y adquisiciones*

Desde el punto de vista de las empresas extranjeras que operan en México, uno de los aspectos más significativos de la Ley de Competencia Económica es el establecimiento de un nuevo régimen jurídico para la revisión de fusiones y adquisiciones.³⁸ La LCE establece los requisitos de procedimiento para la notificación previa a las autoridades antimonopólicas y las normas jurídicas sustantivas que deberán aplicarse para la evaluación de las fusiones.

a) *Notificación previa a la fusión*

De conformidad con las disposiciones de notificación previa que establece la Ley de Competencia Económica, deberán reportarse a la Comisión todas aquellas fusiones y adquisiciones que se ajusten a una o más de las tres situaciones de la ley.³⁹ Las tres situaciones se refieren a la “extensión de la transacción”, la “extensión de la

³⁷ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. II, art. 13. Cfr. ABA Antitrust Section, *The 1992 Horizontal Merger Guidelines: Commentary and Text*, p. 25 (1992) (donde se define el “poder mercantil” como la capacidad de mantener los precios por encima de un nivel de competencia durante un periodo de tiempo considerable).

³⁸ La Ley de Competencia Económica se refiere a las fusiones y adquisiciones con potencial antimonopólico como “concentraciones”. El reglamento define una “concentración” como: “una fusión con o adquisición de control sobre otra firma, o cualquier otro acto de unión de empresas, asociaciones, accionistas, sociedades de negocios, fideicomisos o propiedades en general, que se lleva a cabo entre competidores, proveedores, clientes o cualquier otro agente económico, cuyo propósito o efecto sea disminuir, perjudicar o impedir la competencia respecto a bienes y servicios idénticos o muy similares.” Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. III, art. 16.

³⁹ En la Exposición de motivos del presidente se indica que la decisión de adoptar un régimen de notificación previa se basó de manera sustantiva en los modelos jurídicos del extranjero. Exposición de motivos, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. x (“La experiencia de otros países muestra que es mejor evaluar de antemano las cooperativas o fideicomisos, ya que volver a la situación que existía antes de su formación resulta extremadamente complejo”).

meta” o la “extensión de las partes”, son bastante similares a la manifestación inicial que se solicite de acuerdo al régimen Hart-Scott-Rodino de notificación previa de Estados Unidos.⁴⁰ A los tipos de cambio vigentes,⁴¹ en México se debe reportar una fusión o adquisición si (1) la transacción tiene un valor superior a (“12 millones de veces el salario mínimo para el Distrito Federal”); (2) la empresa compradora adquiere más de 35% de la propiedad o de las acciones de una firma cuyas propiedades o ventas anuales excedan los 48 millones de dólares (“12 millones de veces el salario mínimo para el Distrito Federal”), o (3) dos o más de las partes que intervienen en la transacción tienen propiedades o ventas anuales que excedan 192 millones de dólares (“48 millones de veces el salario mínimo para el Distrito Federal”) y la transacción implique la adquisición de capital o propiedades por encima de 19.2 millones de dólares (“48 millones de veces el salario mínimo para el Distrito Federal”).⁴²

La notificación por escrito que debe presentarse a la Comisión deberá incluir (1) “los documentos legales correspondientes a la transacción”; (2) los estados financieros más recientes de las partes involucradas; (3) una estimación de las acciones de mercado de

⁴⁰ Ley de Mejoras Antimonopólicas Hart-Scott-Rodino, p. 15, U.S. C &, p. 18 (1988). Véase también Rowley, J. William, “International Mergers Antitrust Notification Requirements, en *Internacional Mergers and Joint Ventures*, pp. 221-68 (Barry Hawk, Ed., 1991) (donde se hace una revisión de los requisitos de notificación previa de Australia, Canadá, la Comunidad Europea, Francia, Alemania, Irlanda, Japón, España, el Reino Unido y Estados Unidos); Boner Roger A., y Krueger, Reginald, *The Basics of Antitrust Policy: A Review of Ten Nations and the European Community*, p. 69 (1991).

⁴¹ En la LCE, los valores de transacción se indican en múltiplos del “salario mínimo para el Distrito Federal”; o sea el salario mínimo vigente para la ciudad de México. Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. III, art. 20. Por lo tanto, las cifras en dólares que aparecen en este documento están sujetas a fluctuaciones monetarias y a los cambios en el salario mínimo y deben entenderse como aproximaciones. El salario mínimo actual para el Distrito Federal es de 13 nuevos pesos, o ligeramente más de 4 dólares estadounidenses al tipo de cambio actual de aproximadamente 3.10 pesos por un dólar. La fórmula para calcular los valores de transacción sería, por lo tanto: múltiplo de la sanción x salario mínimo x tipo de cambio (pesos a dólares).

⁴² *Idem*. A diferencia del reglamento Hart-Scott-Rodino, la LCE no indica los nexos económicos que debe tener la transacción con la economía mexicana para que deba reportarse. *Cfr.* 16 CFR. pp. 801.1-20, 802.20, 802.50-51. La Comisión Federal de Competencia se reserva el derecho de determinar si existen nexos económicos suficientes en cada caso. Entrevista telefónica con el doctor Leonel Pereznieto Castro, Comisionado Federal de Competencia Económica, (12 de octubre de 1993).

las partes,⁴³ y (4) "cualquier otra información necesaria para el análisis de la transacción que se propone".⁴⁴

Al recibir la notificación, la Comisión dispone de veinte días para solicitar información adicional sobre las partes.⁴⁵ Si no se solicita información adicional, la Comisión tendrá un total de cuarenta y cinco días para decidir si se aprueba o no la transacción.⁴⁶ Sin embargo, la Comisión podrá ampliar el periodo de revisión hasta sesenta días adicionales en "casos de extrema complejidad".⁴⁷ Si la Comisión solicita información adicional, las partes tienen quince días, a partir de la fecha de la solicitud, para responder.⁴⁸ En tales casos, la Comisión deberá tomar una decisión dentro de los cuarenta y cinco (o sesenta) días (a excepción de una extensión "por extrema complejidad" de hasta otros sesenta días) a partir de la fecha de la respuesta, para solicitar información adicional.⁴⁹

b) Norma para la revisión de fusiones

Dentro de sus funciones, la Comisión Federal de Competencia Económica puede prohibir una fusión si su efecto da lugar a una conducta anticompetitiva. Por lo tanto, la LCE autoriza a la Comisión a prohibir una fusión que pudiera otorgar poder en el mer-

43 En Estados Unidos, el régimen Hart-Scott-Rodino de notificación previa no requiere que las partes presenten estimaciones de sus acciones en el mercado. Sin embargo, en los formularios de notificación previa de la Comunidad Europea se solicita un análisis detallado de las acciones en el mercado. Véase *ABA Special Committee on International Antitrust, Report Appendices*, p. 79 (1991).

44 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. III, art. 21. La LCE no proporciona orientación sobre el tipo de "otra información" que pudiera ser "necesaria" para el análisis de la transacción que se propone. En vista de que la interpretación de esta frase podría convertirse en un determinante clave de la dificultad de presentar una notificación previa, la Comisión debería referirse a este tema en sus reglamentos futuros.

45 *Idem*, cap. III, art. 21(II). Esta disposición refleja los procedimientos de la ley Hart-Scott-Rodino que permiten a las autoridades ejecutoras solicitar "información adicional" antes de que expire su periodo de espera. Estos procedimientos para solicitar información adicional de las partes que intervendrán en una transacción, comúnmente conocidos como "segundas solicitudes", están codificados en la ley de Estados Unidos en 15 U.S.C 18A(e)(1) y 16 C.F.R. 803.20(1993).

46 *Idem*, cap. III, art. 21(III).

47 *Idem*, cap. III, art. 21(IV).

48 *Idem*, cap. III, art. 21(II).

49 *Idem*, cap. III, art. 21.

cado a la entidad resultante de la fusión,⁵⁰ dar lugar a una conducta rapaz o a la exclusión de competidores del mercado en cuestión, o que facilite cualquiera de las prácticas que constituyen violaciones *per se* o relativas según las disposiciones sustantivas del reglamento.⁵¹

Al evaluar una fusión, la Comisión Federal de Competencia de México deberá definir el mercado en cuestión, analizar el poder económico de las empresas que participan en él y evaluar la extensión territorial en que se concentra el mercado.⁵² Las normas que emitirá la Comisión de conformidad con la LCE, proporcionarán mayor orientación en relación con otros factores que deberán tomarse en cuenta al revisar las fusiones.⁵³

4. Sanciones

De conformidad con su función casi judicial, la Comisión está facultada para conceder lo que es, de hecho, la suspensión de las concentraciones y para determinar las sanciones pecuniarias. Al determinar que se ha cometido una violación de la LCE, la Comisión puede ordenar la suspensión, modificación o cese de una práctica o transacción anticompetitiva.⁵⁴ En caso de que una fusión se haya consumado violando la LCE, la Comisión está facultada para ordenar su desconcentración parcial o total así como para imponer multas de hasta \$900,000.⁵⁵ La Comisión podrá imponer multas de hasta \$400,000 por omisión en la presentación de notificaciones previas a fusiones.⁵⁶ Las empresas que hayan incurrido en actividad anticompetitiva absoluta o *per se*, estarán sujetas a multas de hasta \$1.5 millones,⁵⁷ mientras que las prácticas anti-

50 *Idem*, cap. III, art. 17. *Cfr.* Clayton Act, & 7, 15 U.S.C. 18 (1993) (donde se prohíbe la adquisición de inventarios o propiedades, cuyo efecto "podría disminuir sustancialmente la competencia, o tender a la creación de un monopolio").

51 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. III, arts. 16 y 17.

52 *Idem*, cap. III, arts. 17 y 18.

53 *Idem*, cap. III, art. 18.

54 *Idem*, cap. IV, art. 24; cap. VI, art. 35.

55 *Idem*, cap. VI, art. 35, ("225,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal").

56 *Idem*, ("100,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal").

57 *Idem*, ("375,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal").

competitivas relativas quedarán sujetas a multas de hasta \$900,000.⁵⁸ Si la Comisión determina que se trata de una violación “especialmente grave”, podrá imponer, en lugar de las multas específicas a que se refiere el reglamento, sanciones de hasta “10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor el último ejercicio fiscal, o de hasta 10% del total de sus activos, lo que resulte mayor”.⁵⁹

Además de las multas que deberán pagar las empresas comerciales, la Comisión podrá imponer multas de hasta \$30,000 a aquellas *personas físicas* “que, en representación de personas morales se involucren directamente en prácticas restrictivas o monopólicas que prohíbe la LCE”.⁶⁰

5. Acciones privadas

El artículo 38 de la ley se refiere expresamente al derecho de acción de daños y perjuicios por parte de aquellas personas o entidades afectadas por prácticas anticompetitivas, aunque la LCE es ambigua con relación al procedimiento y las normas legales para la ejecución privada.⁶¹ Específicamente, las partes privadas pueden entablar acción judicial “en contra del infractor”⁶² ante los tribu-

58 *Idem*. (“225,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal”). En una conversación telefónica con funcionarios de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) involucrados en el establecimiento de la Comisión Federal de Competencia Económica, se informó al autor que en junio de 1993 todavía no se empezaba a redactar las disposiciones sobre fusiones de la LCE. Entrevista telefónica con funcionarios de la SECOFI (18 de junio de 1993).

59 Ley Federal de Competencia Económica, cap. VI, art. 37.

60 *Idem*, cap. VI, art. 35 (“7,500 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal”). Véase inciso III.A *supra*.

61 *Idem*, cap. VI, art. 38. *Cfr.* Sección 4 de la Ley Clayton, 15 U.S.C. 15 (derecho de acción privada por daños a terceros como consecuencia de daños a “empresas o propiedades por cualquier motivo que prohíban las leyes antimonopólicas”); sección 16 de la Ley Clayton, 15 U.S.C. 26 (1988) (derecho de acción privada por suspensión de amonestaciones por posibles pérdidas o daños por violación de las leyes antimonopólicas); Ramseyer, J. Mark, “The Costs of the Consensual Myth: Antitrust Enforcement and Institutional Barriers to Litigation in Japan”, *94 Yale L.J.*, p. 604 (1985). (las barreras institucionales al litigio en Japón hacen que las acciones antimonopólicas privadas sean escasas a pesar de la disponibilidad formal del derecho de acción privada).

62 El reglamento implica de manera sólida, pero no declara expresamente que, con base en la LCE, sólo podrá entablarse acción privada en contra de una parte si la Comisión ha determinado que ésta ha violado el reglamento. Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. VI, art. 38.

nales federales si comprueban los daños ocasionados por una práctica anticompetitiva durante el curso de una investigación oficial de la Comisión.⁶³ El tribunal podrá conceder el pago por daños hasta por el doble de la cantidad establecida durante la investigación de la Comisión pero no está obligado por ley a hacerlo.⁶⁴

IV. LIMITACIONES Y EXENCIONES

Al igual que la ley antimonopolios de Estados Unidos, la LCE se define casi en igual medida por sus omisiones y exenciones como por los tipos de actividad económica a que se refiere. Tales omisiones y exenciones pueden clasificarse, para efectos de su análisis, como limitaciones generales y exenciones reglamentarias específicas.

1. *Limitaciones generales y alcances de la ley*

Deben tomarse en consideración tres limitaciones generales de los alcances del régimen antimonopolios que establece la Ley de Competencia Económica: primero, la LCE se ocupa, en sus términos, de proteger el *proceso* de la competencia más que a los *competidores*. Segundo, aunque las sanciones que considera la LCE son significativas,⁶⁵ el reglamento no incluye sanciones penales. Tercero, el reglamento no establece la responsabilidad legal por la práctica de discriminación de precios. Cada una de estas limitaciones generales distingue a la ley mexicana de la legislación antimonopolios de Estados Unidos.

La declaración de la LCE de que su propósito es proteger la competencia más que a los competidores resulta de gran importancia, principalmente porque se indica de manera expresa en la ley.⁶⁶ Aun-

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Véase inciso II.D

⁶⁶ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. I, art. 2 ("La presente ley tiene por objeto proteger el *proceso* competitivo por medio de la prevención y eliminación de monopolios, prácticas anticompetitivas y otras limitaciones para la operación eficiente de los mercados de bienes y servicios.") (el subrayado es nuestro). En un discurso sobre la LCE, el ex Subprocurador General John W. Clark subrayó y alabó la

que la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha reiterado que el objetivo de la ley antimonopolios es proteger el proceso de la competencia, más que a los competidores,⁶⁷ no deriva esta declaración de los términos reglamentarios específicos. Asimismo, la duda sobre si la ley antimonopolios de Estados Unidos existe, cuando menos en parte, para proteger a los competidores individuales, se ha convertido en fuente de tensión a lo largo de la historia de la legislación antimonopólica estadounidense.⁶⁸ La decisión de los redactores de la Ley de manifestar una postura sobre este particular en el primer capítulo de la LCE parecería indicar que el gobierno de México se propone resolver esta tensión inicial a favor de la protección de la competencia, en lugar de los competidores particulares.

Mientras que la responsabilidad penal antimonopólica forma parte integral de la ley estadounidense antimonopolios,⁶⁹ el gobierno

importancia central de este reconocimiento expreso acerca de que la LCE existe para proteger el proceso competitivo. Clark, John W., *Observaciones anteriores al Seminario sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica de México*, ciudad de México (4 de marzo de 1993) ("Esta declaración de propósito es excelente, ya que informa sobre todo lo que aparece a continuación en el reglamento [de la LCE]").

67 Véase, por ejemplo, *Atlantic Richfield Co. contra USA Petroleum Co.*, p. 485 U.S. 321, 328 (1990) ("Las leyes antimonopolio entraron en vigor para la protección de la competencia, no de los competidores") (subrayado en el original).

68 Véase *Brown Shoe Co., contra Estados Unidos*, 370 U.S. 294 (1962) ("La Ley [Clayton] protege a la competencia y no a los competidores. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer el deseo del Congreso de promover la competencia a través de la protección de pequeñas empresas locales.) Véase también Hovenkamp, *op. cit., supra* nota 18, p. 41 (donde se indica que "la protección de las pequeñas empresas de competidores más grandes" compite con el valor de la eficacia en la asignación que se incluye en la política antimonopólica de Estados Unidos); Thorelli, Hans B., *Federal Antitrust Policy*, p. 227 (1955) (Al entrar en vigor la Ley Sherman "[E]l beneficiario inmediato que tenían en mente los legisladores... era muy probablemente el pequeño propietario o comerciante, cuyas oportunidades había que salvaguardar de los peligros derivados de [las grandes empresas]...").

69 Véase en general "Seventh Survey of White Collar Crime, Substantive Crimes -Antitrust Violations", 29 *Am. Crim. L. Rev.*, p. 175 (1992) (donde se analizan elementos de violación penal de la Ley Sherman y sus respectivas defensas); Wallace, Gregory J., "Antitrust Penalties are Stiffer Than Other Corporate Sanctions", *Nat'l L.J.*, 28 de octubre de 1992, p. 17 (donde se discuten las sanciones por violaciones penales antimonopólicas que indican los Lineamientos para dictar sentencia de Estados Unidos); Booker Daniel I., y Allen, Thomas L., "Attempted Price-Fixing Targeted for Criminal Action, *Antitrust*, otoño/invierno de 1991, p. 30 (iniciativa reciente del Departamento de Justicia para procesar intentos de violación penal de las leyes antimonopólicas); Whalley, Judy L., "Crime and Punishment -Criminal Antitrust Enforcement in the 1990s", 59 *Antitrust L.J.*, p. 151 (1990). Véase también Cohen Mark A., y Scheffman, David T., "The Antitrust Sentencing Guideline: is the Punishment Worth the Costs?", 27 *Am. Crim. L. Rev.*, p. 331

de México ha seguido el ejemplo de la Comunidad Económica Europea⁷⁰ y de ciertos países de Europa al elegir no penalizar las violaciones a la ley antimonopolios.⁷¹ Tratándose de una ley que recibió una influencia sustancial de la ley antimonopolios de Estados Unidos, la omisión de responsabilidad penal es tal vez la diferencia más notable del modelo estadounidense.

La ausencia de toda prohibición específica sobre discriminación de precios distingue aún más el régimen antimonopólico mexicano del de Estados Unidos.⁷² Aunque la Ley Robinson-Patman ha sido blanco frecuente de críticas,⁷³ continúa vigente y sirve de base para la ejecución oficial y las acciones privadas.⁷⁴ La presente investigación no ha arrojado luz sobre la explicación oficial acerca de la omisión de las disposiciones sobre discriminación de precios de la LCE.⁷⁵ Sin

(1989) (donde se discuten las bases empíricas y teóricas de las sanciones penales antimonopólicas a que se refieren los Lineamientos para dictar sentencia).

70 Spencer W. Waller, "Understanding and Appreciating EC Competition Law", *61 Antitrust L. J.*, pp. 55, 57 (1992) (la ley de competencia de la Comunidad Europea "es un sistema sin sanciones penales").

71 Véase, por ejemplo, Thorelli, Hans B., "Antitrust in Europe: National Policies After 1945", *26 U. Chi. L. Rev.*, pp. 222, 227-28, 232-34 (1959). Pero *Cfr.* Haley, John O., "Japanese Antitrust Enforcement: Implications for United States Trade", *3 N. Ky. L. Rev.*, pp. 335, 351 (1990) (la ley japonesa contempla el proceso penal antimonopolios); Ver "Trustbusting in Japan: Cartels and Government-Business Cooperation", *94 Harvard Law Review.*, pp. 1064, 1074-77 (1981) (donde se discute el proceso penal japonés de los cárteles petroleros durante los años setenta).

72 La Ley Robinson-Patman, que prohíbe ciertos tipos de discriminación de precios, está codificada en 15 U.S.C. 13 (1988). Véase también Scherer, F.M., y Ross, David, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, pp. 508-16 (3a. ed., 1990) (donde se discute la política estadounidense sobre discriminación de precios); Bishop, W., "Price Discrimination Under Article 86: Political Economy in the European Court", *44 Mod. L. Rev.*, p. 282 (1981) (análisis de casos de discriminación de precios resueltos de conformidad con la ley de competencia de la Comunidad Europea).

73 Véase, por ejemplo, Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox*, p. 394 (1978) ("la política antimonopolios haría bien en pasar por alto la discriminación de precios"); Posner, Richard A. *The Robinson-Patman Act: Federal Regulation of Price Differences*, p. 52 (1976) (donde se defiende la revocación); Liebler, Wesley A., "Let's Repeal It", *45 Antitrust L.J.*, p. 18 (1976) (lo mismo).

74 Véase, por ejemplo, *Delong Equipment Co. contra Washington Mills Electro Mineral Corp.*, p. 990, F.2d 1186 (11th Cir. 1993); *J.F. Feeser, Inc. contra Serv-A-Portion, Inc.*, p. 909 F.2d 1524 (3rd Cir. 1990), certificación denegada, 111 S.Ct 1313 (1991). *Alan's of Atlanta, Inc. contra Minolta Corp.*, p. 903, F.2d 1414 (11th Cir. 1990).

75 Al igual que la Ley Orgánica sobre Monopolios de 1934 que le antecedió, la LCE faculta (pero no orienta) al presidente de México para fijar los niveles máximos de precios de aquellos "productos que se consideran necesarios para la economía nacional o esenciales

embargo, es probable que la elección de sus políticas sea el reflejo de la aplicación de modelos legales alternativos de competencia con base en conclusiones derivadas de las experiencias de otros regímenes antimonopólicos.⁷⁶

2. Exenciones reglamentarias específicas

Además de las limitaciones generales a que nos referimos antes, la LCE incluye también exenciones específicas para ciertos tipos de actividad económica.

Al igual que en Estados Unidos, los sindicatos están parcialmente exentos de la aplicación de la ley mexicana antimonopolios.⁷⁷ Aunque las disposiciones sobre cuestiones laborales que se incluyen en la LCE evitan que los sindicatos "formalmente constituidos" se consideren "monopolios", la ley ofrece poca orientación sobre los lineamientos precisos de la exención. A la luz de la experiencia estadounidense de revisión continua y esclarecimiento legal de los alcances de la exención laboral,⁷⁸ la Comisión Federal

para hacer frente a las necesidades básicas de la sociedad...". Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. I, art. 7; Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, *op. cit.*, *supra* nota 2, art. 7. Según las disposiciones sobre precios máximos, el presidente "tiene autoridad exclusiva para determinar... cuáles bienes y servicios estarán sujetos a niveles máximos de precios". Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.* *supra* nota 1, cap. I, art. 7. Sin embargo, esto resulta conceptualmente diferente a la prohibición de *discriminación* de precios, que supuestamente sería legal a pesar del artículo 7, en la medida en que los diferentes precios que se cobran por los mismos artículos y servicios no excedan el nivel máximo de precios promulgado por el presidente.

⁷⁶ Según una fuente, en la LCE se omitió lo referente a discriminación de precios porque los redactores no pudieron llegar a un acuerdo en relación a si debería prohibirse la discriminación de precios y a cómo debería hacerse. Entrevista telefónica con el doctor Leonel Pereznieta Castro, Comisionado Federal de Competencia Económica (12 de octubre de 1993). *Cfr.* Clark, *op. cit.*, *supra* nota 65, p. 1 ("[E]l Gobierno de México parece haber aprovechado nuestros errores en su trabajo de redacción [de la LCE]").

⁷⁷ En Estados Unidos, las exenciones reglamentarias relacionadas con actividades sindicales están codificadas en 15 U.S.C. 17 (sección 6 de la Ley Clayton), 29 U.S.C. 52 (sección 20 de la Ley Clayton) y 20 U.S.C. 101-110, 113-115 (Ley Norris-LaGuardia). Véase también Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. I, art. 5 ("No se considerarán como monopolios las federaciones laborales constituidas de conformidad con la legislación vigente para proteger los intereses de los trabajadores.").

⁷⁸ Véase, en general, *Antitrust Law Developments*, *op. cit.*, *supra* nota 36, pp. 119-20 ("Aunque la exención laboral es amplia, no se ha interpretado para inmunizar la actividad laboral o sindical bajo toda circunstancia").

de Competencia podría requerir referirse a esta cuestión en los reglamentos y/o declaraciones sobre la política de aplicación.

La LCE incluye también disposiciones para la exención limitada de ciertos tipos de cooperativas para la exportación.⁷⁹ La ley indica específicamente que “las cooperativas y sociedades directamente involucradas en la venta de sus productos en el exterior no serán consideradas como monopolios”, siempre y cuando reúnan ciertas condiciones.⁸⁰ Los requisitos más importantes para la exención son que los productos que se exportan no deberán ofrecerse para su venta en México y que estos productos deben constituir “la fuente principal de ingresos de la región en que se producen”.⁸¹ Aunque el modelo de exención de sociedades de exportación parecen haber sido las leyes estadounidenses Webb-Pomerene⁸² y de Empresas de Exportaciones Comerciales,⁸³ la exención que concede la LCE podría resultar significativamente más limitada en la práctica debido al requisito de que las exportaciones exentas constituyan “la fuente principal de ingresos de la región en que se producen”.⁸⁴

La LCE incluye una tercera exención reglamentaria limitada en relación a “las funciones dentro de áreas estratégicas reservadas exclusivamente al Estado”; esto es, los monopolios gubernamentales.⁸⁵ En general, las disposiciones de la LCE se aplican a los gobiernos federal, estatales y municipales de México.⁸⁶ Sin embargo,

⁷⁹ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. I, art. 6.

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ *Ibidem*

⁸² 15 U.S.C. 61-66 (1988) (que ofrece inmunidad parcial antimonopolios a las sociedades estadounidenses de empresas constituidas con el propósito exclusivo de exportar artículos). Véase también *Antitrust Law Developments*, *op. cit.*, *supra* nota 77, pp. 914-916.

⁸³ 15 U.S.C. 4001-4021 (1988) (que autoriza la emisión de certificados de exención de daño penal y a terceros y de responsabilidad antimonopólica por ciertas actividades de exportación para exportadores estadounidenses calificados). Véase también Lacy, James V., “The Effect of the Export Trading Company Act of 1982 on U.S. Export Trade”, 23 *Stan J. Int'l L.*, p. 177 (1987); Zarin, Donald, “The Export Trading Company Act: Reducing Antitrust Uncertainty in Export Trade”, 17 *Geo Wash. J. Int'l L. & Econ.*, p. 297 (1983).

⁸⁴ Las leyes Webb-Pomerene y de Empresas de Exportaciones Comerciales no establecen tales requisitos.

⁸⁵ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. I, art. 4.

⁸⁶ *Idem*, cap. I, art. 3. *Cfr.* doctrina estadounidense de “actividad estatal” de Parker contra Brown, 317 U.S. 341 (1943), y su progenie. Los tribunales de Estados Unidos invariablemente han “dictaminado que las agencias y los funcionarios federales en el cumplimiento de sus funciones son inmunes a los retos antimonopólicos”. *Antitrust Law*

los monopolios gubernamentales en áreas “estratégicas” específicas —incluyendo los servicios postales, los telégrafos, la radiotelegrafía, las comunicaciones vía satélite, los hidrocarburos, la petroquímica, la electricidad, la energía nuclear y la emisión de moneda— “no deberán considerarse como monopolios” según la LCE.⁸⁷ De manera importante, las dependencias encargadas de administrar estas industrias estarán sujetas a la LCE si actúan fuera de su área estratégica específica.⁸⁸

V. ÁREAS DE DUDA

Al igual que ocurre con un gran número de nuevos regímenes legales, la promulgación del texto de la LCE da lugar a un sinnúmero de dudas sobre la manera como se aplicará la ley.⁸⁹ Dos de las principales dudas que deberán esclarecerse en el futuro son: (1) ¿qué trato dará la Comisión a los monopolios y oligopolios que surgieron antes de entrar en vigor la LCE?⁹⁰ y (2) ¿qué papel desempeñará la revisión

también son inmunes. *Idem*, p. 966-986. En Estados Unidos, la mayoría de los litigios sobre “actividad estatal” se refieren a dudas sobre la inmunidad de partes privadas que actúan de conformidad con las políticas estatales. Véase, por ejemplo, *Bates contra State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977) (el reglamento disciplinario de la barra estatal se vio inmunizado debido a las disposiciones constitucionales del Estado).

⁸⁷ Esta exención a que se refiere el artículo 4 de la LCE se basa en el artículo 28 de la Constitución Mexicana, en que aparece la lista de “áreas estratégicas” en las cuales los monopolios gubernamentales “no constituirán monopolios”. *Constitución Política de México*, título I, cap. I, artículo 28.

⁸⁸ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. I, art. 4. La reglamentación mexicana sobre el particular se apega, en gran medida, a la legislación antimonopolios de la Suprema Corte de Estados Unidos, según se aplicó en *Cantor contra Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579, 595-601 (1976) (el monopolio de energía eléctrica autorizado por el Estado queda sujeto a responsabilidad antimonopolística cuando compite en el mercado de producción de focos además de proporcionar servicio eléctrico).

⁸⁹ El gobierno de México recibió críticas en la prensa estadounidense por haber puesto en vigor estatutos reglamentarios de gran alcance sin comprometer recursos suficientes para su ejecución. Véase, por ejemplo, De Palma, Anthony, “Law Protects Mexico’s Workers But Its Enforcement is Often Lax”, *New York Times*, 15 de agosto de 1993, pp. 1 y 14; Golden, Tim, “A History of Pollution in Mexico Casts Clouds Over Trade Accord”, *New York Times*, 16 de agosto de 1993, pp. A1 y A7.

⁹⁰ En la Exposición de motivos (p. xii) se respondió a la pregunta sobre si las fusiones previas a la entrada en vigor de la LCE estarán sujetas a proceso legal. (La LCE “no intenta evaluar las fusiones y adquisiciones previas a la proclamación de la Ley...”) La duda más importante que surge en esta sección se refiere al tratamiento que dará la política de ejecución de la Comisión a una economía con altos índices de concentración, en donde

judicial y cuál será su efecto en las funciones administrativas de la Comisión Federal de Competencia Económica?

1. *Política actual de concentración industrial*

a) *Extensión de la concentración industrial*

Uno de los problemas más complejos a que se enfrenta la Comisión Federal de Competencia Económica se refiere al nivel actual de la concentración industrial en México. En 1992, 25 empresas representaban 47.1% del Producto Interno Bruto del país,⁹¹ y el diario *El Financiero* calcula que 12 corporaciones industriales daban cuenta de "32% de la producción total de artículos manufacturados".⁹² Por otra parte, la mayoría de los sectores industriales más importantes de México muestran niveles elevados de concentración. Una empresa, por ejemplo, controla 90% del mercado del vidrio en México y 100% del mercado de fibra de vidrio;⁹³ Una sola firma controla más de 60% del mercado del cemento;⁹⁴ tres bancos "representan 73.9% del total de los fondos con que cuenta el sistema bancario mexicano",⁹⁵ y cinco empresas abarcaban aproximadamente 70% del total de facturas de ventas dentro de la industria de la construcción en 1991.⁹⁶ En di-

duda más importante que surge en esta sección se refiere al tratamiento que dará la política de ejecución de la Comisión a una economía con altos índices de concentración, en donde la actividad anticompetitiva es cuestión de rutina para un número significativo de grandes industrias.

91 "Summary of Industrial Concentration", SourceMex, 21 de octubre de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente México ("De las 10 industrias mexicanas con crecimiento más dinámico en 1991, cinco eran oligopolios y dos casi monopolios"). En contraste, las 25 empresas más grandes de Estados Unidos representaron 4.3% del PIB de ese país en 1992, *Idem*

92 Las estimaciones se volvieron a imprimir en "Tackling Monopolies", Latin American Regional Reports, 14 de enero de 1993, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente Noticias de América Latina.

93 "Dynamic Industries Characterized by Monopoly and Oligopoly", SourceMex, 19 de agosto de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente México.

94 *Ibidem*

95 Acevedo Pesquera, Luis, "New Pension System Leads to Banking Oligopoly & Financial Disequilibrium", SourceMex, 4 de marzo de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente México.

96 "Concentration in Construction Industry", SourceMex, 23 de septiembre de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente México.

versos casos, el nivel elevado de concentración industrial se ha mantenido o aumentado debido al proceso continuo de privatización⁹⁷ (que por otra parte resulta sano). Una empresa que antes fue del Estado, por ejemplo, controla 90% de las telecomunicaciones en México,⁹⁸ mientras otra controla 95% de la extracción minera del cobre.⁹⁹ Tal concentración se debe, en parte, al hecho de que sólo las empresas industriales más grandes cuentan con los recursos para adquirir organismos que antes eran propiedad estatal.¹⁰⁰ Asimismo, antes de la LCE no existían obstáculos legales para que un comprador horizontal adquiriera una empresa estatal.¹⁰¹

b) Aplicación de la LCE

Además de obstaculizar prácticas anticompetitivas específicas, la LCE prohíbe expresamente los "monopolios".¹⁰² La ley, sin embargo,

97 Véase, por ejemplo, DePalma, Anthony, "Mexico Sells Off State Companies, Reaping Trouble As Well As Profits", *New York Times*, 27 de octubre de 1993, p. A1 (la privatización "no siempre condujo a una mayor eficiencia, a un aumento de la competencia o a una vida mejor para el mexicano común"); Cruz Serrano, Noé, "Privatization Enhances Monopoly and Oligopoly in Mexican Market", *SourceMex*, 15 de mayo de 1992, disponible en *Lexis*, North/South America Library, expediente México ("El proceso de privatización... ha creado y fortalecido las estructuras de mercado oligopólicas y monopólicas"). El problema que plantea el tratamiento antimonopólico en transición de las industrias monopolizadas que subsisten después de que el gobierno ha empezado a establecer el marco jurídico de una economía de mercado es también cuestión de preocupación para los países de Europa del Este pertenecientes al antiguo bloque soviético. Véase, por ejemplo, "C.S.F.R. Officials Lament Failure of Competition Law to Break Up Monopolies", *63 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA)*, p.787 (24 de diciembre de 1992) (los monopolios checos y eslovacos persisten a pesar de la privatización y a dos años de haber entrado en vigor el reglamento antimonopólico).

98 "Summary of Industrial Concentration", *op. cit. supra* nota 90.

99 "Dynamic Industries Characterized by Monopoly and Oligopoly", *op. cit. supra* nota 92.

100 *Ibidem*

101 Serrano, *op. cit., supra* nota 96 ("Las mayoría de las empresas vendidas al sector privado han sido adquiridas por grandes corporaciones nacionales o transnacionales que manejan la misma línea de productos").

102 Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit., supra* nota 1, cap. II, art. 8. *Cfr.* Ley Sherman, 2, 15 U.S.C. & 2(1988) (que prohíbe la monopolización y los intentos de llevarla a cabo). Un ejemplo de violación de la sección 2 de la Ley Sherman es que una empresa tenga "poder monopólico dentro del mercado en cuestión", y que el monopolio se haya adquirido deliberadamente o se haya mantenido por otros razones que fabricar "un producto superior, por astucia empresarial o por accidente histórico". *Antitrust Law Developments, op. cit., supra* nota 35, p. 196, donde se cita el caso Estados Unidos contra Grinnel Corp., 384 U.S. 563, 570-72 (1966).

no ofrece orientación ni sobre qué es un "monopolio".¹⁰³ ni acerca las circunstancias bajo las cuales se puede objetar su existencia.

A pesar de que la concentración industrial plantea problemas de análisis según la ley estadounidense antimonopolios,¹⁰⁴ los tribunales y las autoridades de ese país han tenido más de un siglo para desarrollar enfoques doctrinarios razonablemente coherentes en relación con el análisis antimonopólico de la concentración industrial. Los monopolios resultan legalmente sospechosos porque, en teoría, permiten que los monopolistas eleven los precios y/o reduzcan la producción sin enfrentar los efectos correctivos de la competencia mercantil.¹⁰⁵ Por su parte, los oligopolios son jurídicamente sospechosos porque pueden permitir que un cartel de posibles competidores actúe de manera coludida, como si se tratara de un solo monopolista.¹⁰⁶ En la legislación de Estados Unidos, sin embargo, está claramente establecido que la simple posesión de poder monopólico (es decir, el poder de controlar los precios o excluir a la competencia) dentro de un mercado determinado no viola por sí sola la Ley Sherman.¹⁰⁷ Como explicara sutilmente un comentarista, "la monopolización ilegal... requiere poder monopólico además de alguna forma de conducta anticompetitiva...".¹⁰⁸

En su Exposición de motivos, de la LCE, ante la Cámara de Diputados, el presidente Salinas destacó que "debe rechazarse la

103 En la legislación antimonopolios de Estados Unidos no existe una definición de "poder monopólico" que pueda aplicarse de manera consistente. Sin embargo, la evidencia de una participación elevada en el mercado, la exclusión de competidores y/o el control de precios puede comprobar que existe poder monopólico según la sección 2 de la Ley Sherman. *Antitrust Law Developments, op. cit., supra* nota 35, pp. 211-219. Véase también Scherer & Ross, *op. cit., supra* nota 71, pp. 449-68 (donde se examina la política antimonopólica hacia las estructuras de mercado monopólicas). *Cfr.* Waller, *op. cit., supra* nota 69, p. 68 (según el artículo 86 del Tratado de Competencia Económica "[p]or posición dominante se entiende la capacidad de actuar independientemente de las fuerzas del mercado").

104 La sección 1 de la Ley Sherman prohíbe "los contratos, los consorcios que adopten la forma de monopolios u otros, o la conspiración para limitar el comercio", y la sección 2 del mismo reglamento prohíbe la monopolización o los intentos de llevarla a cabo. 15 U.S.C. 1 y 2.

105 Véase Hovenkamp, *op. cit., supra* nota 18, pp. 14-24.

106 *Idem*, pp. 83-91.

107 Véase en general Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law 140* (1985); "ABA Antitrust Section", *Antitrust Law Developments*, pp. 195-273 (3a. edición, 1992).

108 Hovenkamp, *op. cit., supra* nota 18, p. 140 (el subrayado es nuestro). Véase también Estados Unidos contra Aluminium Co. of America, p. 148 F.2d 416, 437-38 (2d Cir. 1945) (donde se cita la evidencia de un "ahorcamiento de precios" deliberado por parte de un monopolista).

idea de que las grandes empresas constituyen monopolios por sus solas dimensiones...".¹⁰⁹ Santiago Levy, Presidente de la Comisión Federal de Competencia Económica también ha señalado que "[p]ara la evaluación de consorcios... el criterio principal que debe utilizarse no es tanto el tamaño de las empresas de que se trate, sino el impacto que éste puede tener sobre la competencia (no debe hacerse un uso rígido de los índices de contracción)".¹¹⁰

Las declaraciones anteriores de funcionarios, junto con la estructura reglamentaria de la LCE, que enumera de manera específica una lista de *prácticas* anticompetitivas, sugiere que los monopolios pueden ser objetados debido a su comportamiento anticompetitivo, más no sólo por tener poder monopolístico.¹¹¹ La Comisión Federal de Competencia Económica deberá decidir en los próximos años: (1) qué factores constituyen el poder "monopolístico" y "oligopolístico", y (2) qué tipo de conducta por parte de un monopolista u oligopolista constituye una violación de la LCE. Sin embargo, hasta que la Comisión ofrezca una articulación más extensa de su política de aplicación, la condición legal de las grandes concentraciones industriales de México seguirá siendo incierta según la LCE.¹¹²

2. Revisión judicial

a) Marco reglamentario

La LCE establece que "a excepción de lo que aquí se especifica [*i.e.* en la LCE] ninguna acción judicial o administrativa podrá basarse en esta Ley".¹¹³ Y excepto por la disposición relativa a ciertas

¹⁰⁹ Exposición de motivos, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. xi.

¹¹⁰ Levy, *op. cit.* *supra* nota 2, p. A9.

¹¹¹ Véase también Exposición de motivos, *op. cit.* *supra* nota 13, p. xii (La LCE "no intenta evaluar las fusiones y adquisiciones que se realizaron antes de la proclamación de la ley").

¹¹² Sin embargo, por haber tomado como modelo, en buena medida, la legislación antimonopolística estadounidense y, en menor grado, la ley de la Comunidad Europea, es probable que el gobierno de México considere que tanto Estados Unidos como la Comunidad Europea son autoridades en la interpretación de la LCE. Entrevista telefónica con el doctor Leonel Pérezniño Castro, Comisionado Federal de Competencia Económica (12 de octubre de 1993).

¹¹³ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. VI, art. 38.

acciones particulares que se discutieron con anterioridad,¹¹⁴ la LCE no se refiere ni a la ejecución judicial de las órdenes de la Comisión ni a la revisión judicial de sus actividades.

La falta de mecanismos específicos para la ejecución judicial es congruente con la estructura reglamentaria de la LCE en que se concede a la Comisión Federal de Competencia autoridad para imponer sanciones y prescribir conductas que se apeguen a sus propias órdenes.¹¹⁵ A diferencia de las autoridades de ejecución anti-monopólica del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos, la Comisión Federal de Competencia Económica de México no necesita recurrir a los tribunales para impedir una fusión o para imponer alguna sanción.¹¹⁶ La única revisión de las determinaciones de la Comisión que establece expresamente la LCE es un proceso de "apelación" bajo el cual la Comisión podrá reconsiderar sus propias decisiones.¹¹⁷

b) *Objeción probable bajo el recurso de amparo*

Aunque no existen disposiciones para la revisión judicial en el texto de la LCE, es probable, sin embargo, que los tribunales federales de México deban desempeñar un papel significativo en el éxito o fracaso del régimen de la LCE. Es casi seguro que algunas órdenes de la Comisión sean objetadas ante los tribunales con apego al "recurso de amparo".¹¹⁸

¹¹⁴ Véase apartado II.E *supra*.

¹¹⁵ Véase apartado II, A y D *supra*.

¹¹⁶ Véase Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1., cap. VI, art. 35 (La Comisión está facultada para suspender, modificar, o cesar cualquier práctica o concertación que viole la LCE y/o para imponer sanciones). Véase también 15 U.S.C.A 4 (West 1973).

¹¹⁷ Ley Federal de Competencia Económica, *op. cit.*, *supra* nota 1, cap. VII, art. 39 ("La apelación deberá quedar sin efecto si se revoca, se modifica o se afirma la sentencia que se pretende anular").

¹¹⁸ Sobre el recurso de amparo véase, por ejemplo, Herget, James E., y Camil, Jorge, *An Introduction to the Mexican Legal System*, pp. 27-19 (1978); Baker, Richard D., *Judicial Review in Mexico: A Study of the Amparo Suit* (1971); Del Río Rodríguez, Carlos, "Judicial Review Seen From a Mexican Perspective", 20 *Cal. W. Int'l L.J.*, pp. 7 y 17 (1989); Fix Zamudio, Héctor, "The Writ of Amparo in Latin America", 13 *Law Am.*, p. 361 (1981); Fix Zamudio, Héctor, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", 9 *Cal. W. Int'l L.J.*, p. 306 (1979); Schwarz, Carl E., "Exceptions to the Exhaustion of Administrative Remedies Under the Mexican Writ of Amparo", 7 *Cal. W. Int'l L.J.*, p. 331 (1971).

El amparo es una acción de derecho constitucional que tienen las personas en México¹¹⁹ para proteger una gama amplia de derechos públicos subjetivos. "Se puede decir que cumple diversas funciones: (1) proteger las garantías individuales [*i.e.*, la libertad]; (2) poner a prueba leyes supuestamente anticonstitucionales; (3) rebatir las decisiones judiciales; (4) objetar leyes y resoluciones administrativas, y (5) proteger los derechos sociales de los campesinos sujetos a las leyes de la reforma agraria".¹²⁰

De esta manera, alguna de las partes sujetas a investigación por la CFC podría objetar la ley por considerarla anticonstitucional, valiéndose del "amparo contra leyes",¹²¹ o bien objetar la acción administrativa de la Comisión Federal de Competencia Económica por medio del amparo administrativo.¹²² Aunque la respuesta de los tribunales federales mexicanos no puede predecirse, los juicios de amparo podrían involucrar sustancialmente a los tribunales tanto en la interpretación de la LCE como en la sentencia de juicio sobre las acciones y determinaciones de la Comisión Federal de Competencia Económica.¹²³

119 Para recurrir al amparo, las personas físicas o morales "deberán haber sido sujetos de algún acto de autoridad o de ley que supuestamente viole una garantía constitucional, y tal violación debe haber tenido como resultado la transgresión directa y perjudicial de los derechos individuales legalmente reconocidos como tales". Baker, *op. cit.*, *supra* nota 117, p. 208.

120 Fix Zamudio, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", *op. cit.*, *supra* nota 117, pp. 316-17.

121 Véase Schwarz, *op. cit.*, *supra* nota 117, pp. 334-35; Baker, *op. cit.*, *supra* nota 117, pp. 164-75. Es pertinente hacer notar que la interposición del amparo contra la constitucionalidad de una ley es derecho exclusivo de cada una de las partes involucradas. Así, por razones prácticas, el amparo contra leyes solicita al tribunal declarar anticonstitucional un reglamento que se aplica a un caso específico. Schwarz, *op. cit.*, *supra* nota 117, p. 335; véase también Zamudio, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", *op. cit.*, *supra* nota 117, pp. 318-23.

122 Véase Baker, *op. cit.*, *supra* nota 117, pp. 175-96; Fix Zamudio, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", *op. cit.*, *supra* nota 117, pp. 325-27.

123 Véase, igualmente, Sergio García-Rodríguez, "Mexico Stimulates a Free Market in Advance of Free Trade", 16 de agosto de 1993, pp. 4 y 7 ("muy pocos jueces en México hacen una revisión de las decisiones de una agencia especializada como la Comisión de Competencia, y mucho menos las revierten, por medio de un juicio de amparo").

c) Posibilidades de la Ley Antimonopolios de México

Como lo han indicado los comentaristas y los tribunales, la legislación antimonopolios de Estados Unidos está hecha, en gran parte, a la medida de los jueces,¹²⁴ aunque dentro de un marco legal de claridad muy variable. Por supuesto, es posible que la función de los tribunales federales mexicanos se vuelva tan íntegra y constructiva como la que llevan a cabo los tribunales federales estadounidenses en su interpretación y aplicación de leyes antimonopólicas. Existen, sin embargo, motivos de preocupación.

Una de estas preocupaciones es lo novedoso de las cuestiones antimonopólicas en México. Se han necesitado décadas para que los tribunales federales de Estados Unidos desarrollen modelos coherentes y relativamente predecibles de análisis legal para abordar los casos antimonopolio.¹²⁵ Aunque los tribunales mexicanos podrían aprovechar los modelos extranjeros, el desarrollo de una legislación mexicana antimonopolios llevará tiempo.

Una segunda preocupación tiene que ver con las costumbres legales del sistema civilista de México.¹²⁶ Históricamente, a diferencia de la función judicial en el *common law* y del papel del juez para desarrollar una doctrina legal, dentro de los sistemas civilistas, esta posibilidad ha estado —cuando menos en teoría— relativamente limitado.¹²⁷ Aunque la diferencia entre los sistemas roma-

124 Véase, por ejemplo, Thorelli, Hans B., *Federal Antitrust Policy*, p. 561 (1955) ("En el campo de la interpretación jurídica, los logros... [entre 1890 y 1903] fueron escasamente menos significativos que aquellos en materia de ejecución y legislación"). Véase también Baxter, William F., "Separation of Powers, Prosecutorial Discretion and the Common Law Nature of Antitrust Law", *60 Texas Law Review*, p. 661 (1982).

125 Resulta ilustrativo recordar los primeros casos de acción antimonopólica en Estados Unidos tales como Estados Unidos contra E.C. Knight Co., p. 156 U.S. 1 (1885) (en que se sostiene que una empresa azucarera con 98% de participación en la capacidad de producción de azúcar de Estados Unidos no violaba la Ley Sherman ya que se ocupaba de la "manufactura" más que de la "comercialización"); véase también Junta de Comercio de la ciudad de Chicago contra Estados Unidos, p. 246 U.S. 231 (1918) (en que se indica que "[t]odo convenio relacionado con el comercio, toda regulación del comercio, limita"); Sullivan, Lawrence A., *Handbook of the Law of Antitrust*, pp. 575-99 (1977) (donde se examina la evolución histórica del análisis de las fusiones antimonopólicas).

126 Véase, en general, Herget y Camil, *op. cit.*, *supra* nota 117, p. 33 ("el sistema jurídico mexicano se basa, en gran medida, en la tradición civilista del continente"); véase también Merryman, John H., *The Civil Law Tradition* (1985).

127 Véase, en general, Merryman, *op. cit.*, *supra* nota 125, pp. 19-47; Amador, Robert

nista y del *common law* sean menores en la práctica que en la teoría,¹²⁸ la ausencia de una tradición de *common law* podría hacer más lento el desarrollo de una legislación mexicana antimonopolios dentro de los intersticios de la LCE.¹²⁹

VI. CONCLUSIÓN

Aunque la política de aplicación y la reacción de los tribunales mexicanos determinarán sustancialmente el impacto práctico de esta legislación, el texto de la nueva ley y las declaraciones públicas de funcionarios del gobierno de México sugieren que la entrada en vigor de la Ley de Competencia Económica podría marcar el comienzo en México de una política antimonopólica potencialmente significativa. Por simple precaución, las empresas que operan en México deberían revisar tanto las actividades en marcha como las planeadas para garantizar el cumplimiento de la nueva ley antimonopólica de México.

S., "Foreign Investment in Mexico", 52 *Antitrust L.J.*, p. 1017 (1983) ("México tiene un sistema jurídico basado en un sistema civilista, lo que quiere decir que casi no existen precedentes legales..."); véase igualmente MacLean, Roberto G., "Judicial Discretion in the Civil Law", 43 *La. L. Rev.* p. 45 (1982) (donde se hace hincapié en la discrecionalidad de los procesos judiciales de ley civil).

128 Véase Merryman, *op. cit.*, *supra* nota 125, p. 47 ("Una diferencia importante entre los procesos de la ley civil y la ley común no reside en lo que de hecho llevan a cabo los tribunales, sino en lo que la costumbre popular les indica hacer"); Mattei Ugo y Pardolesi, Roberto *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 *Intl Rev. L. & Econ.*, pp.265 y 269 (1991) ("Los tribunales son quienes hacen las leyes tanto en los países donde prevalecen la ley civil como en aquellos donde rige la ley común").

129 Cfr. Cabanellas y Etzrodt, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 37 (la influencia de la legislación antimonopólica de Estados Unidos sobre la ley civil argentina es limitada porque la ley antimonopólica estadounidense se basa principalmente en las decisiones de los tribunales y... en parte de una estructura jurídica cuya metodología resulta incompatible con el sistema legal argentino). Sobre la cuestión conexa del papel que desempeña el análisis económico dentro de los sistemas donde rige la ley civil véase, en general, Kirchner, Christian, "The Difficult Reception of Law and Economics in Germany", 11 *Intl Rev. L. & Econ.*, p. 277 (1991); Pastor, Santos, "Law and Economics in Spain", 11 *Intl Rev. L. & Econ.*, p. 309 (1991).