

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Ámbitos de validez espacial y material

ARTÍCULO 1o.	5
----------------------	---

Objeto

ARTÍCULO 2o.	23
----------------------	----

Ámbito personal

ARTÍCULO 3o.	32
----------------------	----

Áreas estratégicas

ARTÍCULO 4o.	42
----------------------	----

Sindicatos, *copyright*

ARTÍCULO 5o.	46
----------------------	----

Sociedades cooperativas

ARTÍCULO 6o.	51
----------------------	----

Precios máximos

ARTÍCULO 7o.	54
----------------------	----

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Ámbitos de validez espacial y material

ARTÍCULO 1o. La presente ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica.

COMENTARIO

Aunque se enmarca en una Constitución que permite un Estado interventor, la LFCE es un instrumento de política económica liberal.² La LFCE contribuyó al arranque del proceso que reformó

2 Bajo el sexenio de Miguel de la Madrid, el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cobró su estructura actual. El citado presidente consideraba desde 1969 que la redacción del artículo 28 era incoherente y que había dado lugar a una ambivalencia en su interpretación pues servía de apoyo tanto a los que veían en él la defensa de un régimen de libre concurrencia, como a los que habían fundado en el mismo artículo la legislación intervencionista del Estado federal mexicano. *Cfr.* Madrid, Miguel de la, "Conferencia pronunciada en el Colegio de Economistas de México, 27 de marzo de 1969", *Estudios de derecho constitucional*, México, Porrúa, 1986, p. 31. En efecto, la lucha ideológica izquierda-derecha, así como la teoría keynesiana y la política del New Deal, habían favorecido la participación activa del Estado en la economía en casi todo país del orbe. En México la realización de actividades económicas por parte de organismos estatales, empresas paraestatales, organismos descentralizados y fideicomisos, rebasaba por mucho las excepciones formales legales antimonopolio en moneda, correos, y otros que se le permitían al Estado. La reforma de 1983 acabó con el espíritu liberal del artículo 28 constitucional y elevó a rango constitucional los principios de intervención del Estado en la economía, curiosamente esto sucedió con el primer presidente considerado neoliberal.

estructuralmente la económica mexicana, proceso que la llevó del Estado interventor mexicano a una economía abierta al comercio exterior, desregulada y cuyas fuerzas de desarrollo descansan básicamente en el sector privado. En este sentido la LFCE es parte de la revolución microeconómica del país.³

No obstante lo anterior, lo importante no es que la LFCE haya servido de punto de partida para una economía de mercado, sino que pretende ser un elemento de consolidación para la misma. La LFCE busca fijar un marco para el suave funcionamiento de los mercados por lo que, a diferencia de legislaciones previas, lleva al mínimo el uso de instrumentos de control directo sobre los agentes económicos, como fijación de precios y control de la oferta. Buscar el funcionamiento eficiente de los mercados mediante intervención estatal no es una contradicción del modelo liberal, sino antes bien, condición de funcionamiento del mismo. En efecto, bajo la tradición liberal, la participación estatal no está excluida, sino dirigida a garantizar el sistema económico mismo: “El Estado surge en primer lugar para definir y salvaguardar los derechos de propiedad privada; en segundo lugar, el régimen liberal requiere de un sistema legal designado tanto a preservar la competencia económica como a hacerla operar tan bien como sea posible”.⁴

Garantía de libre competencia

Se ha dicho que el artículo 28 constitucional, junto con el 25 (rectoría económica del Estado), 26 (planeación democrática del desarrollo), 27 (tierra propiedad originaria de la nación), 73 (facultad del Congreso sobre planeación nacional), 131 (comercio exterior) y 134 (administración del gasto gubernamental) de la carta magna integran lo que se denomina el *capítulo económico*

3 Levy, Santiago, “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, p. 76.

4 Hayek, F.A., *The Road to Serfdom*, Londres, Routledge, 1944, p. 28.

de la Constitución.⁵ Esta definición de la teoría constitucional mexicana tradicional giraba alrededor de la idea del Estado interventor. Hoy día que ha habido un resurgimiento del individualismo y liberalismo en contraposición al colectivismo e intervencionismo, es necesario reconsiderar y volver a definir en nuestra teoría constitucional el *capítulo económico*; algunos intentos se han hecho al respecto, pero tímidamente.⁶ Bajo una lectura liberal, todas las garantías individuales que aseguran una sociedad sin restricciones y competitiva constituyen el capítulo económico de la Constitución, que se integraría por los siguientes artículos: 1o. (universalidad de garantías individuales), 2o. (prohibición de esclavitud), 5o. (libertad de trabajo), 6o. (libertad de pensamiento), 7o. (libertad de prensa), 9o. (libertad de asociación), 11 (libertad de tránsito), 14 (garantía de audiencia), 16 (garantía de legalidad), 17 (derecho de justicia), y 28 (garantía de libre concurrencia).

El artículo 28 constitucional está inserto en la parte dogmática de la Constitución y tanto formal como materialmente forma parte de las garantías individuales que debemos gozar en una sociedad liberal. Si el artículo 28 constitucional tuviera que ser calificado en pocas palabras podría ser referido como la *garantía de libre concurrencia*.⁷ Desde el establecimiento de la garantía señalada⁸ se ha dado una gran discusión respecto a su naturaleza jurídica. Por un lado hay quienes consideran que protege a la socie-

5 Valadés, Diego, "El capítulo económico de la Constitución", *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1985, pp. 19-33.

6 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparada* México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 558 y ss.

7 Aguilar Álvarez de Alba, Javier, "Análisis constitucional de la Ley Federal de Competencia Económica", *Informe de la Comisión de Competencia Económica*, México, CFC, 1996-II, p. 69.

8 Artículo 28, Constitución de 1857: "No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora". Hubo antecedentes de la garantía antimonopolio antes del congreso de 1857, mismos que se remontan al artículo 171, fracción IX y 335 de la Constitución de Cádiz de 1812. No obstante, dichos antecedentes se establecieron como prohibiciones a las facultades de los congresos, y no como garantías del gobernado.

dad en primer término, mientras que otros consideran que protege primordialmente al ser humano. En el fondo existe un conflicto a dilucidar entre los intereses que resguarda: ¿particulares o sociales?, ¿bien común o individual?, ¿limitación a los derechos del hombre o garantía individual?

Hay tratadistas que consideran a la garantía de libre concurrencia como una limitación a otras libertades, tales como las de trabajo, industria y comercio, y que dicha limitación es difícil de justificar por motivos sociales. Mariano Coronado, representante de un individualismo extremo, sostenía por ejemplo que “cuando varios comerciantes se ponen de acuerdo para elevar el precio de un efecto que sólo ellos expendan; tales monopolios no están vedados por la ley, que tiene que respetar la libertad de industria y de comercio”.⁹

Por otro lado, existen opiniones más preocupadas por el interés público, que aunque consideran a la garantía de libre concurrencia como contraria a otras garantías, principalmente la de trabajo, ven a la primera como indispensable para proteger a la comunidad de un individualismo exacerbado. José María Lozano justificaba la garantía de libre concurrencia señalando que “en la sociedad, los derechos del hombre no son absolutos, sino que tienen naturales y justas limitaciones”.¹⁰

La teoría constitucional ha supuesto que las garantías individuales son un límite a los excesos de los poderes públicos, ello puede ser cierto dado el supuesto de que existe el Estado y seguirá existiendo de la forma como hasta ahora lo ha hecho, y que los postulados del individualismo moderno seguirán vigentes aunque la modernidad llegue a su fin. Sin embargo, en la actualidad pareciera que las esferas privadas renacen, la sociedad civil cobra una gran fuerza y la esfera pública se desvanece como una construcción artificial y lejana. En el Estado que conocemos, la Constitu-

9 Coronado, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicana*, México, Librería de Ch. Bouret, 1906, p. 97.

10 Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876, p. 397.

ción limita al poder público, no a la sociedad; pero hoy día hay poderes, no institucionalizados, tan peligrosos o más para la libertad que postula la mentalidad moderna, y con una pujanza y efectividad mayor que los legalmente instituidos. Este fenómeno seguramente hará que la idea misma de Constitución cambie radicalmente.¹¹

La observación anterior nos hace apreciar a la garantía de libre concurrencia como una garantía un poco distinta de las otras, no únicamente dirigida a salvaguardar al particular del poder del Estado, sino de los poderes no institucionalizados de la sociedad civil. La garantía de libre concurrencia consagra el derecho público subjetivo a vivir en una economía competitiva; este derecho es oponible tanto al Estado como a todos los otros miembros de la sociedad. En este sentido la garantía de libre concurrencia implica un aspecto negativo, el deber de todos los demás agentes económicos de no actuar monopolísticamente.

La garantía de libre concurrencia evidentemente se contrapone a otras garantías de libertad, y en su protección el Estado tiene el deber de encontrar el balance justo entre los intereses de los individuos en particular y el de la comunidad como un todo. Diferentes cortes han señalado que el Estado goza de cierto margen de apreciación para encontrar dicho balance.¹²

Es necesario señalar que la garantía de libre concurrencia no es pretexto para la intromisión del Estado de manera discrecional y abusiva en la esfera privada de los gobernados. Desde el punto de vista de la teoría económica, la falta de condiciones de competencia en un mercado o el ejercicio de poder sustancial en un mercado relevante constituye una falla de mercado; en este esquema la intervención del Estado tiene como fin solucionar dicha

11 Esto no es otra cosa que un aspecto del fenómeno posmoderno (a falta de un mejor término) del fin del *monopolio de la legalidad* por parte del Estado, el fenómeno de la justicia informal, de que es *mejor* un mal arreglo que un buen juicio. Cfr. Sousa Santos, Boaventura de, "Towards a Postmodern Understanding of Law", en Arnaud, André-Jean (ed.), *Oñati Proceedings 1, Legal Culture and Everyday Life*, Instituto Internacional Oñati para la Sociología del Derecho, 1989.

12 López Ostra v Spain, ECHR Ser A vol. 303-C, 41/1993/436/515.

falla, y llevar al mercado a condiciones competitivas. Lo anterior no significa de modo alguno que la función del Estado sea sustituir al mercado, el gobierno no debe fijar precios, ni cotas de producción de manera discrecional. De hecho, una vez que el mercado ha alcanzado condiciones competitivas el Estado debe dejarlo funcionar por sí mismo.

Ámbito material

En cuanto al ámbito de validez material, la LFCE es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia. La LFCE no es reglamentaria de todo el artículo 28, pues dicho numeral regula otras materias, por ejemplo: el funcionamiento del banco central¹³ y el llamado régimen de servicio público.¹⁴ La LFCE es re-

13 6. "El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento".

7. "No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución". Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

14 10. "El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, conceder la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público".

glamentaria también de la fracción V del artículo 117 constitucional.¹⁵

Respecto a la materia de competencia, existe cierta discrepancia entre lo establecido por la Constitución y lo que regula la LFCE. Así, el primer párrafo del artículo 28 constitucional establece la *regla general antimonopolio* y señala que en México están prohibidos los:

- I. Monopolios
- II. Estancos
- III. Exenciones de impuestos
- IV. Prohibiciones a título de protección a la industria

La LFCE menciona específicamente lo relativo a monopolios y estancos; las otras dos prohibiciones constitucionales como que quedaron olvidadas, aunque cabe la interpretación de que pueden entrar en *las demás restricciones* a que hace referencia el artículo 2o. de la LFCE. Respecto a los comentarios en materia de monopolios y estancos, remitimos a lo señalado en los artículos 2o. y 8o. de la LFCE.

Acerca de las *exenciones de impuestos* el artículo 28 constitucional las prohíbe. Al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha dicho que para que se configuren las exenciones de impuestos “debe existir un obligado o grupo de personas obligadas al pago del impuesto relativo, y de entre ellas eximir a algunas del cumplimiento de sus obligaciones fiscales”.¹⁶ Por lo tanto, si la ley señala como obligados al pago de cierto impuesto únicamente a una categoría de gobernados, sin comprender al resto, en ese caso,

11. “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”. Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

15 Véase comentario al artículo 15 de la LFCE.

16 PLANIFICACIÓN, NO CONCULCA LA GARANTÍA INDIVIDUAL QUE CONSAGRA EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LO DISPUESTO EN EL TÍTULO NOVENO DE LA LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL IMPUESTO DE Amparo en revisión 5032/69, Fábricas de aceites “La Rosa”, S.A., 2 de mayo de 1973, unanimidad de 17 votos, ponente: Manuel Rivera Silva, séptima época, vol. 53, p. 40.

no se puede hablar propiamente de una exención de impuesto, ... en tanto que se realizan en relación con clases de personas y no de determinado o determinados sujetos; es decir, las exenciones tienen las características de ser, como el impuesto, de índole abstracta e impersonal; y si la ley que regula el impuesto expresamente releva de la carga fiscal, en los casos de exención, a los directamente obligados, con mayor razón debe liberar, aun cuando no lo diga, a los que no señala como sujetos del impuesto.¹⁷

Por otro lado, el constituyente de 1857 estableció que en México no habría *prohibiciones a títulos de protección a la industria* en clara referencia a ciertas prohibiciones establecidas por Lucas Alamán, mismas que según el diputado Mata, habían hecho perder al país más de 104 millones de pesos para beneficiar sólo a seis industriales.¹⁸ La ilegalidad de las prohibiciones que buscan proteger una industria ha sido un principio poco estudiado pero de fundamental importancia para entender el espíritu liberal de nuestro artículo 28 constitucional.

Después de la crisis de 1929, inspirados en teorías que justificaban la intervención del Estado con el fin de promover el crecimiento económico, gobiernos de todo el mundo establecieron ciertas prohibiciones para proteger sectores o industrias y con ello lograr consolidar una economía nacional. México no fue la excepción y bajo el modelo de sustitución de importaciones, cerró el mercado nacional a la competencia exterior prohibiendo las importaciones. La experiencia demostró que lo único que se logró fue hacer ricos a unos cuantos, ofrecer malos y caros productos al público en general y nunca constituir, para dolor de los impulsores nacionalistas, la pretendida industria mexicana. Nuestras cortes justificaron dicha actitud proteccionista y mediante interpretaciones rebuscadas asimilaron el beneficio de unos cuantos industriales con el del pueblo mexicano, sosteniendo que:

17 *Idem*.

18 Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso Constituyente 1856-1857*, México, El Colegio de México, 1957, sesión del 14 de agosto de 1856.

el artículo 28 constitucional señala que en México no habrá prohibiciones a título de protección a la industria... esto se refiere a los empresarios nacionales, para que entre sí no acaparen, monopolicen o se coludan en forma contraria al interés del pueblo en general, sin que del texto ni del espíritu del precepto aparezca que se prohíbe una protección a la industria nacional, incipiente o establecida, respecto de la importación de productos extranjeros que vendrían a lesionar esa industria nacional, con detrimento del público en general o de los productos nacionales, y en consecuencia, de la economía de la Nación. El precepto prohíbe a los empresarios nacionales obtener ventajas indebidas y realizar maniobras tendientes a fijar precios exagerados, pero no ordena que se les deje a merced de importaciones extranjeras que puedan lesionar la economía nacional.¹⁹

Respecto al ámbito material, la LFCE es aplicable a todas las áreas de actividad económica. El problema legal ha sido definir qué debe entenderse por actividad económica. Desde el punto de vista de la economía, casi toda actividad puede reputarse como de trascendencia económica; sin embargo, legalmente se han clasificado las actividades humanas en económicas o no económicas (comerciales vs. no comerciales). De manera consistente nuestras cortes han dicho que la materia de competencia sólo es aplicable a actividades comerciales o lucrativas.²⁰

Así, en el caso de la denuncia presentada por los Corredores Públicos del Distrito Federal en contra del Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil, y otros por la realización de supuestas prácticas monopólicas, el pleno de la comisión resolvió imponer multas a los notarios participantes en dichas prác-

19 IMPORTACIONES. CONSTITUCIONALIDAD DE SU PROHIBICIÓN. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 411/73, American Optical de México, S. A., 8 de octubre de 1973, unanimidad de votos, ponente: Guillermo Guzmán Orozco, séptima época, vol. 59, p. 41.

20 DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autorial, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

ticas y al Colegio de Notarios del Distrito Federal por haber servido de vehículo en la realización de las mismas. Además, el pleno recomendó al Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Departamento del Distrito Federal aplicar el criterio interpretativo de la Ley Federal de Correduría Pública emitido por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y, por tanto, inscribir los actos fedatados por los corredores públicos cuando se relacionen con inmuebles y otorgamiento de poderes.²¹

A esta interpretación de la actividad económica no concurren nuestros jueces y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien reconoció que la actividad de los notarios encuadraba en “personas físicas que participan en la actividad económica”,²² confirmó sentencia por medio de la cual se concedía el amparo y protección de la justicia federal, bajo el argumento de que la prestación de los servicios de notario público no era un acto de comercio al estarles vedado a los notarios el ejercicio del comercio por el artículo 17 de la Ley del Notariado del Distrito Federal y no estar reputados como tales por el artículo 75 del Código de Comercio, y por lo tanto la inclusión que pretendía hacer el artículo 3o. de la LFCE era contrario al artículo 28 de la Constitución.²³ En este caso, los argumentos de ámbito personal se mezclaron con los de ámbito material. Pero el argumento de actividad económica estuvo presente siempre en la discusión y al final se decidió que aunque un privado desarrolle una actividad que pueda ser de trascendencia económica, dicha actividad tiene que ser reputada como comercial por la ley para poder ser regulada por la LFCE.

21 Resolución del 23 de octubre de 1997, DE-14-95.

22 Véase comentario al artículo 3o., LFCE.

23 La resolución de la corte se hizo con independencia de lo correcto o incorrecto de las razones expuestas por el Juez de Distrito, y ante la falta de poder suplir la deficiencia de la queja. Amparo en revisión 3531/98, quejoso: Javier Isaías Pérez Almaraz, ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Primera Sala, SCJN, 12 de enero de 2000.

Ámbito espacial

En cuanto al ámbito territorial de validez, la LFCE establece que es de observancia general en toda la República; esa disposición sigue el principio *leges non obligant extra territorium*.²⁴ No obstante lo anterior, parece haber una tendencia mundial por aplicar las leyes de competencia de manera extraterritorial, esto es, con efectos más allá de las fronteras.

El *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* documento elaborado por académicos de los Estados Unidos, y que según la opinión generalizada refleja la ley como es aplicada por las cortes de aquel país, establece que bajo el derecho internacional un Estado tiene límites sobre su:

- a) Jurisdicción prescriptiva
- b) Jurisdicción para juzgar
- c) Jurisdicción para hacer cumplir su ley²⁵

El *Restatement* también establece que un Estado tiene jurisdicción para prescribir el derecho respecto a:

I.

- Conductas que, en todo o en parte sustancial, toman lugar dentro de su territorio (principio de territorialidad).
- El status de personas o intereses en cosas presentes dentro de su territorio (principio de territorialidad).
- Conductas fuera de su territorio con el intento de tener un efecto sustancial dentro del mismo (principio de efectos).

II. Actividades, intereses o situaciones en relación con sus nacionales fuera y dentro de su territorio (principio de nacionalidad, activa y pasiva).

24 Perezniato, Leonel, "La Ley Federal de Competencia Económica un nuevo instrumento para una nueva economía", *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, p. 134.

25 American Law Institute, *Restatement of Foreign Relations Law of the United States*, Third, 1987, párrafo 401.

III. Ciertas conductas fuera de su territorio llevadas a cabo por un no nacional y dirigidas contra la seguridad del Estado o contra una clase limitada de otros intereses del Estado (principio de protección).²⁶

Aun cuando alguna de las bases de la jurisdicción esté presente, un Estado puede no ejercer jurisdicción para prescribir el derecho respecto de una persona o actividad que tenga relación con otro Estado cuando el ejercicio de dicha jurisdicción no sea razonable.²⁷

Por otro lado, un Estado tiene jurisdicción para definir y prescribir la penalización de ciertas ofensas reconocidas por la comunidad de naciones como una preocupación universal, tales como piratería, comercio de esclavos, ataques o secuestro de aviones, genocidio, crímenes de guerra, y quizá ciertos actos de terrorismo aun cuando ninguna de las bases citadas en el párrafo 402 esté presente (principio de universalidad).²⁸

Los principios de jurisdicción aplicados por los Estados Unidos de América no han sido aceptados como derecho internacional por la comunidad internacional y algunos de sus postulados han sido sumamente controvertidos, y han dado lugar a protestas y aplicación de leyes que buscan esterilizar dicha jurisdicción.²⁹ Los problemas fundamentales se han presentado respecto del principio de universalidad, la aplicación de los principios de nacionalidad y del principio de efectos, empleados para proteger estadounidenses en el extranjero y para proteger a la sociedad norteamericana por actos que han tenido lugar fuera de dicho país, tal es el caso de diversos casos *antitrust*.

El primer supuesto de aplicación extraterritorial de la ley antimonopolio estadounidense tiene lugar cuando una empresa norteamericana comete violaciones en perjuicio de otra conacional.

26 *Ibidem*, párrafo 402.

27 *Ibidem*, párrafo 403.

28 *Ibidem*, párrafo 404.

29 Al respecto nuestro país ha promulgado la Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional, 10 de octubre de 1996.

Así, en *Mannington Mills Inc. v Congoleums Corporation*³⁰ una empresa estadounidense que producía cubrimiento para pisos ejerció acción *antitrust* en contra de una segunda empresa estadounidense alegando que patentes extranjeras fueron aseguradas por medio de fraude por este segundo productor, lo cual si se hubiese hecho en los Estados Unidos, hubiera llevado a responsabilidad *antitrust*. El tribunal de apelaciones señaló:

- a) Cuando dos litigantes estadounidenses se involucraran en actividades monopólicas en el extranjero que resultan en un daño a las exportaciones de uno de ellos, las cortes federales tienen jurisdicción en la materia.
- b) La mera emisión de patentes por un poder extranjero no constituye por sí un acto estatal o compulsión gubernamental extranjera, por lo que tales defensas resultan inoperantes.
- c) Declinó jurisdicción aduciendo que cuando naciones extranjeras estuvieran involucradas, motivos de política extranjera, reciprocidad, cortesía y limitación del poder judicial eran consideraciones que deberían tomarse en cuenta para decidir ejercer o declinar la jurisdicción.

La *Sherman Act* ha sido aplicada extraterritorialmente no sólo a nacionales norteamericanos, sino a empresas de otra nación que han actuado legalmente en su país de origen. Así en *Hartford Fire Insurance Co v California*,³¹ con motivo de una crisis en la industria de seguros en los Estados Unidos, los demandantes alegaron que diversas compañías aseguradoras actuando en el Reino Unido, habían acordado no otorgar reaseguros a ciertas negociaciones norteamericanas excepto en los términos pactados entre los primeros, lo que constituía una violación a la *Sherman Act*. La defensa dijo que sus acciones habían sido legales en el lugar donde ocurrieron (Inglaterra) y que habían actuado de conformidad con la regulación británica de seguros por lo que las cortes de los Estados Unidos carecían de jurisdicción. La Corte Suprema de los Estados Unidos, por una

30 USCA., 595 F 2nd 1287 (1979).

31 US Supreme Court, 133 S Ct 2891 (1993).

mayoría reñida de 5/4, sostuvo que sí tenía jurisdicción y señaló en resumen: los acusados ingleses no niegan que sus acciones tuvieron *efectos* en los Estados Unidos, de hecho, efectos sustanciales y directos, sin embargo sostuvieron que su conducta fue legal donde tomó lugar y que habían operado en cabal cumplimiento con el régimen de regulación que prescribe el Parlamento Británico y bajo los principios del derecho internacional. No obstante, la ley británica no requiere acuerdos que constituyen la base de los alegatos bajo la *Sherman Act* Si uno mira al efecto, entonces la aplicación de la *Sherman Act* no sería extraterritorial. Un verdadero conflicto existiría si el cumplimiento de una ley de los Estados Unidos constituyera una violación a la ley de otro Estado.

Esta aplicación extraterritorial de leyes *antitrust* no ha sido un fenómeno exclusivo de los Estados Unidos, la otrora Comunidad Europea enfrentó situaciones semejantes. Así, en *Re Wood Pulp Cartel: A Ahlstrom Oy v EC Commission*,³² la Corte de Justicia Europea conoció de un caso donde más de 800 productores de papel establecidos en la comunidad constituían el principal mercado de cierta pulpa de madera en el mundo; sin embargo, relativamente poca era producida internamente y las principales fuentes de insumos provenían de Canadá, Estados Unidos, Suecia y Finlandia. La Comisión *Antitrust* sostuvo que 41 productores y dos asociaciones de comercio, todos fuera de la comunidad, se habían involucrado en prácticas de concertación de precios y por lo tanto impuso multas. La corte dijo que cuando un productor de un bien establecido fuera de la comunidad vende directamente a compradores situados dentro de ésta y se involucra en competencia de precios a fin de ganar órdenes de dichos consumidores, ello constituye competencia dentro del mercado común y se sigue que si dicho concierto de productores sobre los precios es cargado a los consumidores en la comunidad y que la concertación tuvo efecto en los precios de venta los cuales son realmente coordinados, entonces dichos productores están tomando parte en una concerta-

32 (1988) 4 CMLR 901, Court of Justice of the European Communities.

ción que tiene como objeto y efecto restringir la competencia dentro del mercado común.

Un caso de aplicación de normas que buscan esterilizar la extraterritorialidad de las leyes *antitrust* norteamericanas se presentó en *British Airways Board v Laker Airways Ltd*.³³ Los hechos fueron: *Laker Ltd*, una corporación británica dedicada a viajes charter, alegó que *British Airways*, *Pan American Airlines* y *TWA*, habían bajado sus tarifas causándole problemas económicos y que dichos actos eran contrarios a la legislación *antitrust* de los Estados Unidos. *Laker Ltd* comenzó un caso en los Estados Unidos y pidió una orden judicial, misma que fue otorgada, prohibiendo a las compañías extranjeras acudir a cualquier corte en el mundo para contestar el derecho de *Laker* por mantener su acción. *British Airways* buscó una orden judicial en las cortes inglesas para prohibir a *Laker Ltd* continuar su acción en los Estados Unidos. En el ínterin, un ministro inglés con base en la *Protection of Trading Interest Act* emitió una orden prohibiendo a *British Airways* cumplir con ciertos requerimientos impuestos por las cortes de Estados Unidos. *Laker Ltd* presentó una contrademanda de revisión judicial para combatir dicha orden ministerial. La Casa de los Lores sostuvo que la orden ministerial, estando en la esfera de las relaciones internacionales, podría solamente ser sujeta de revisión judicial si el apelante hubiera mostrado que el ministro de Estado no podía razonablemente emitirla, *Laker Ltd* ha fallado en demostrar ello en su caso por lo que se le niega la revisión judicial y se otorga a *British Airways* la orden para que *Laker Ltd* renuncie a su acción en los Estados Unidos.

En el caso de México, la legislación ensaya ser extraterritorial. Según la exposición de motivos, la LFCE busca evitar que prácticas originadas en el extranjero tengan *efecto* adverso en el mercado nacional.³⁴ Lo anterior se dispuso según sus promotores con el fin de poner a México en igualdad de circunstancias en relación

33 (1985) AC 58, House of Lords.

34 Ley Federal de Competencia Económica, exposición de motivos, 26 de noviembre 1992.

con las legislaciones de otros países y abrir la posibilidad para negociar acuerdos internacionales de cooperación en la materia³⁵

En este sentido, la comisión no ha dejado la tendencia mundial y ha ejercido atribuciones de manera extraterritorial. En el caso de una concentración entre *Corporation Mobilcom S.A. de C.V.*, *Nextel Communications Inc.*, y *Nextel Investment Company*,³⁶ la comisión apercibió a uno de los participantes a notificar cualquier operación que realizara en el extranjero que pudiera tener efectos dentro de la República mexicana, lo anterior en virtud de que no se había informado oportunamente a la comisión de una concentración llevada a cabo entre *Motorola Inc.* y *Nextel Communications Inc.*, el 28 de julio de 1995 en los Estados Unidos.

Otro caso de aplicación extraterritorial de la LFCE tuvo lugar a raíz de sanciones impuestas por Estados Unidos con motivo de un acuerdo llevado a cabo en dicho país entre los años 1993 a 1995, entre *Archer Daniel Midland Co.*, *Haarmann & Reimer Corporation* y *F. Hoffmann --- La Roche, Ltd.* Esta concertación tuvo como fin suprimir y eliminar la competencia entre los agentes económicos participantes los cuales acordaron fijar el precio del ácido cítrico, intercambiar información con ese objeto, coordinar aumentos de precio y asignar volúmenes de venta tanto en Estados Unidos como en el extranjero. Con base en lo anterior y considerando que dicho comportamiento tuvo *efectos* en México, la comisión inició su propia investigación e impuso sanciones.³⁷

CONCORDANCIA

- Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional.

35 Levy, Santiago, *op. cit.*, nota 3, p. 73.

36 Radicada en el expediente CNT-47-96. *Informe de competencia económica*, CFC, México, segundo semestre de 1996, p. 31.

37 Expediente IO-14-98, 6 de septiembre de 2001, *Gaceta de Competencia Económica*, CFC, año 5, núm. 12, enero- abril 2002, p. 319.

JURISPRUDENCIA

- PLANIFICACIÓN, NO CONCULCA LA GARANTÍA INDIVIDUAL QUE CONSAGRA EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LO DISPUESTO EN EL TÍTULO NOVENO DE LA LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL IMPUESTO DE Amparo en revisión 5032/69, Fábricas de Aceites “La Rosa”, S. A., 2 de mayo de 1973, unanimidad de 17 votos, ponente: Manuel Rivera Silva, séptima época, vol. 53, p. 40.
- IMPORTACIONES. CONSTITUCIONALIDAD DE SU PROHIBICIÓN. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 411/73, American Optical de México, S. A., 8 de octubre de 1973, unanimidad de votos, ponente: Guillermo Guzmán Orozco, séptima época, vol. 59, p. 41.
- DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autoral, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

RESOLUCIONES

- Resolución del 23 de octubre de 1997, DE-14-95.
- Amparo en revisión 3531/98, quejoso: Javier Isaías Pérez Almaraz, ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Primera Sala, SCJN, 12 de enero de 2000.
- *Corporation Mobilcom S. A. de C.V., Nextel Communications Inc., y Nextel Investment Company*, radicada en el expediente CNT-47-96. *Informe de competencia económica*, México, CFC, segundo semestre de 1996, p. 31.
- *Archer Daniel Midland Co., Haarmann & Reimer Corporation y F. Hoffmann* — *La Roche, Ltd*, expediente IO-14-98, 6 de septiembre de 2001, *Gaceta de Competencia Económica*, CFC, año 5, num. 12, enero-abril de 2002, p. 319.

- *Mannington Mills Inc v Congoleums Corporation*, USCA., 595 F 2nd 1287 (1979).
- *Hartford Fire Insurance Co. v California*, US Supreme Court, 133 S Ct 2891 (1993).
- *Re Wood Pulp Cartel: A Ahlstrom Oy v EC Commission*, (1988) 4 CMLR 901, Court of Justice of the European Communities.
- *British Airways Board v Laker Airways Ltd*, (1985) AC 58, House of Lords.
- *López Ostra v Spain*, ECHR Ser A vol 303-C, 41/1993/436/515.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, “Análisis constitucional de la Ley Federal de Competencia Económica”, *Informe de la Comisión de Competencia Económica*, México, CFC, 1996-II.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of Foreign Relations Law of the United States*, Third, 1987.
- CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Librería de Ch. Bouret, 1906.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999.
- HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Londres, Routledge, 1944.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797), México, UNAM, 1978.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991.
- LEVY, Santiago, “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994.
- LOZANO, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876.

- MADRID, Miguel de la, “Conferencia pronunciada en el Colegio de Economistas de México, 27 de marzo de 1969”, *Estudios de derecho constitucional*, México, Porrúa, 1986.
- PEREZNIETO, Leonel, “La Ley Federal de Competencia Económica un nuevo instrumento para una nueva economía”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Towards a Postmodern Understanding of Law”, en Arnaud, André-Jean (ed.), *Oñati Proceedings 1, Legal Culture and Everyday Life*, Instituto Internacional Oñati para la Sociología del Derecho, 1989.
- VALADÉS, Diego, “El capítulo económico de la Constitución”, *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1985.
- ZARCO, Francisco, *Crónica del Congreso Constituyente 1856-1857*, México, El Colegio de México, 1957, sesión del 14 de agosto de 1856.

Objeto

ARTÍCULO 2o. Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Para efectos de esta ley, se entenderá por Secretaría, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, y por Comisión, la Comisión Federal de Competencia.

COMENTARIO

El bien jurídicamente tutelado por la LFCE es la *eficiencia económica*. En teoría económica, la eficiencia económica se logra bajo un proceso de competencia y libre concurrencia. El concepto clave de este artículo es por lo tanto el de eficiencia.

Los agentes económicos actúan en un doble papel: como consumidores o productores. La satisfacción de un consumidor depende del acceso que tenga a los bienes; dicho acceso se determina por su nivel de ingreso, la oferta y disponibilidad de bienes en condiciones favorables de calidad y precio. La satisfacción de un productor depende de su acceso a un ingreso. Así se considera ineficiente una situación que merma la sumatoria del bienestar de los consumidores y del ingreso de los factores de producción.³⁸

Característica de un mercado competitivo es que éste es eficiente en el sentido de Pareto, es decir, nadie puede estar mejor sin empeorar a otro. Debido a la competencia que se da entre los agentes económicos, el mercado competitivo favorece la búsqueda constante por reducir costos de producción, lo que conlleva a la eficiencia productiva (utilización óptima de recursos) y al desarrollo tecnológico. Debido a que el exceso de demanda es cero para toda la sociedad en el equilibrio general del mercado competitivo, existe también eficiencia asignativa y los recursos de la sociedad como un todo no se desperdician. El efecto combinado de la eficiencia productiva y asignativa es que en una sociedad competitiva el bienestar general de la sociedad es máximo.³⁹

La eficiencia económica buscada le da a la LFCE un carácter de interés público; entendiendo por interés público no una agregación de intereses particulares, sino la intersección de los mismos. No la suma de intereses en lo individual de cada agente del sistema, sino su interés como miembro de dicha sociedad; el interés público constituye lo que una sociedad es y desea ser, la idea de lo que la sociedad pretende y desea ser de sí misma.⁴⁰ El interés público es el principio legal que establece que ningún particu-

38 García Alba Iduñate, Pascual, "Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia", *Informe de la Comisión de Competencia Económica*, México, CFC, 1996-II, p. 98.

39 Arrow, K. J. y Hahn, F.H., *General Competitive Analysis*, San Francisco, Holden Day, Inc., 1971.

40 Allot, P., "The concept of international law", *European Journal of international Law*, 1999, p. 36.

lar puede legalmente realizar aquello que tienda a ser dañino a la sociedad o al bien común.

Para que una práctica económica sea considerada ineficiente, el efecto global en la economía, tanto para consumidores como productores, debe ser negativo. Puede ser el caso que una disminución de precios por un agente económico que redujo costos debido a mayor eficiencia productiva o gerencial tenga el efecto de que disminuya ganancias de los competidores, sin embargo el efecto global será pro-competitivo por el ahorro de los consumidores derivado de los menores precios. En este sentido, hay que tener muy presente que el criterio de la LFCE es proteger la competencia para aumentar la eficiencia económica de los mercados, no proteger a consumidores o productores individuales.

La política económica anterior a la expedición de la LFCE descansó en controles directos, tales como regulación de precios. Dichos controles sustituían al mercado en su asignación, en contraste la LFCE busca, en general, fortalecer el mercado competitivo para que la asignación generada por el mismo sea eficiente. Para ello la LFCE cuenta con una gama de instrumentos que inciden en la operación misma de los mercados y no en su resultado. La gran pretensión es reducir el poder monopólico, eliminar barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, prevenir concentraciones monopólicas, y quizá lo más importante, crear un marco legal donde el Estado incida en los mercados a través de mecanismos que reduzcan la incertidumbre generada por la actuación discrecional de la autoridad. La frase *demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados* que aparece en el artículo, no pretende abrir la puerta a la discrecionalidad de la autoridad, sino otorgar flexibilidad, bajo supuestos claros, a la actuación del Estado cuando se daña la eficiencia económica.

La LFCE trabaja en dos vertientes: es tanto preventiva como correctora de conductas y situaciones que se contrapongan a la eficiencia económica. Por lo tanto, la ley surte efectos *ex nunc* (desde el momento de la declaración hacia adelante, previene) o

hacia el futuro; y *ex tunc* (con respecto a situaciones ya sucedidas, elimina) o con reflejo hacia el pasado.

En la exposición de motivos de la LFCE se señala que la legislación de competencia busca proteger el proceso de competencia en forma integral creando las bases de una política de competencia y no solamente una política antimonopolio.⁴¹ En el mismo sentido, debe recordarse que la LFCE busca proteger al proceso de competencia como un todo, no a los consumidores, no a los competidores ni a un grupo de personas en particular. Se trata de garantizar un sistema, no la supervivencia de algún elemento del sistema.⁴²

Al respecto, la LFCE considera tres supuestos de conductas y/o situaciones que pueden afectar el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios:

- a. Monopolios⁴³
- b. Prácticas monopolísticas
- c. Demás restricciones

No obstante lo anterior, la LFCE no puntualiza qué debe entenderse por *monopolio* ni *demás restricciones*, sino que se focaliza en *prácticas monopolísticas*, dejando medio trunca la política de competencia integral.

41 Ley Federal de Competencia Económica, exposición de motivos, 26 de noviembre 1992.

42 Levy, Santiago, *op. cit.*, nota 3, p. 65.

43 El monopolio es la situación donde existe únicamente un productor de un bien que se ofrece en el mercado. En dicho esquema, el monopolista no tiene con quién competir y por lo tanto posee una gran capacidad de negociación. En los hechos es muy raro encontrar tanto competencia perfecta como monopolios puros. A los economistas no les interesa tanto saber si existe o no un monopolio puro, sino descubrir prácticas anticompetitivas, o dicho de otra manera, determinar si la economía se comporta o no de manera competitiva. La mera existencia de pocas empresas en un mercado no implica necesariamente que las mismas no se comporten competitivamente, ya que tan pronto intenten obtener beneficios monopolísticos puede ser que otras empresas entren al mercado y presionen a la baja el precio de venta del producto en cuestión; en este sentido el mercado puede ser *contestable*. Para definir la existencia de comportamiento monopolístico es fundamental por lo tanto analizar la existencia de *barreras a la entrada* a dicho mercado.

El artículo 28 constitucional tampoco detalla lo que debe entenderse por monopolio, estancos, prohibiciones a título de protección a la industria ni exenciones de impuestos, sino que simplemente establece en su primer párrafo lo deseable de su inexistencia y en el segundo, insta la obligación de la autoridad de perseguir y castigar las siguientes acciones:⁴⁴

- I. Toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario que tenga por objeto el alza de precios.
- II. Todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público.
- III. Todo acuerdo o combinación de productores, industriales, comerciantes y empresarios para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados.
- IV. En general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Con base en los anteriores elementos, el Poder Judicial de la Federación ha señalado diversos elementos que configuraban la naturaleza jurídica del monopolio:

44 1. "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria".

2. "En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios deservicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social". Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- a) Consiste en “actos o procedimientos que tiendan a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicio al público”.⁴⁵
- b) Produce “privilegios especiales”⁴⁶ o “ventaja a favor de determinada clase de personas”.⁴⁷
- c) Es en “perjuicio del pueblo en general o de una clase social”.⁴⁸
- d) Tiene lugar en “actividades encaminadas a la obtención de lucro”.⁴⁹
- e) Principalmente se da “cuando se trata de artículos de consumo necesario”.⁵⁰
- f) Un monopolio impide “la libertad del comercio y, consecuentemente, la libre concurrencia”.⁵¹

45 DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autorial, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

46 VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN. EL CAPÍTULO DE EXPLOTACIÓN DE CAMINOS NO VIOLA EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 2214/56, J. Jesús Hernández Martínez y coags., 14 de noviembre de 1961, unanimidad de 17 votos, ponente: José Castro Estrada, sexta época, vol. LIII, p. 154.

47 VEHÍCULOS PROPULSADOS POR MOTORES TIPO DIESEL Y POR MOTORES ACONDICIONADOS PARA USO DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO, CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE, EN SU ARTÍCULO 40. REFORMADO POR EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA 1966, PORQUE EL ARTÍCULO 40. CITADO NO ESTABLECE NINGÚN MONOPOLIO A FAVOR DE LOS VEHÍCULOS QUE UTILIZAN DIESEL EN CONTRAVENCIÓN DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 10142/6, Rente un tanque, S. A., 2 de julio de 1968, unanimidad de 20 votos, ponente: Rafael Rojina Villegas, sexta época, vol. CXXXIII, p. 123.

48 MONOPOLIO. EXENCIONES EN LAS LEYES FISCALES. Amparo en revisión 1606/70, Asociación Veracruzana de Fabricantes y Distribuidores de Bebidas Alcohólicas, A. C., y coags., 6 de febrero de 1973, unanimidad de 16 votos, ponente: Euquerio Guerrero López, séptima época, vol. 50, p. 65.

49 DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autorial, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

50 *Idem*.

51 AGUA POTABLE ENVASADA, EL DECRETO NÚMERO 100 DE BAJA CALIFORNIA (REFORMATORIO DE LA LEY DE TRÁNSITO) QUE DECLARA SERVICIO PÚBLICO EL TRANSPORTE DE, ES VIOLATORIO DE LOS ARTÍCULOS 40. Y 28 CONSTITUCIONALES. Amparo en revisión 4571/65, Félix Quintero Torres, 31 de Julio de 1969, unanimidad de 20 votos, ponente: Manuel Yáñez Ruiz, séptima época, vol. 7, p. 14.

Es curioso observar que las cortes han circunscrito las actividades monopólicas a situaciones donde se obtiene un lucro. Económicamente, sin embargo, un monopolio puede tener lugar tanto en actividades que busquen un lucro como en aquéllas que en principio no lo buscan.⁵² De la misma forma, las actividades monopólicas se han limitado judicialmente a artículos de consumo necesario, pero tal salvedad no tiene lógica económica, el monopolio puede tener lugar tanto en mercados de consumo necesario como suntuario y hace tanto daño a la sociedad en uno como en otro.

Otro punto a notar es que los juzgadores han considerado que el monopolio ataca a la libre concurrencia y a la libertad de comercio; lo primero es cierto pues dicha conclusión puede derivarse de la definición de monopolio. Sin embargo, el ataque a la libertad de comercio no está implicado. En algún sentido, las cortes han asimilado *libre concurrencia* con *libertad de comercio*. Esto parece más bien ser una herencia de la discusión sobre la naturaleza de la garantía de libre concurrencia ya planteada. En este sentido, en el comentario al artículo 1o. de la LFCE, la Suprema Corte señaló que la libre concurrencia era “el derecho que tienen los gobernados, de realizar la actividad económica, ya sea de producción, distribución, consumo o venta en el mercado regional o nacional, sin más limitaciones que las permitidas constitucionalmente”,⁵³ definición que más bien se refiere a libertad de trabajo o comercio.

Como planteamos en el comentario al artículo 1o. de la LFCE, la libre concurrencia es un concepto diferente a la libertad de comercio o trabajo; la garantía de libre concurrencia implica tanto el derecho subjetivo a vivir en una economía competitiva,⁵⁴ la

52 Aunque resulta difícil pensar en el modelo económico en un agente económico que no busque realizar una ganancia, esto es tanto como pedirle que no maximice.

53 CACAO, OPERACIONES DE COMPRAVENTA DE PRIMERA MANO DE. EL IMPUESTO CREADO POR LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1963, VIOLA LOS ARTÍCULOS 49Y 28 CONSTITUCIONALES. Amparo en revisión 7057/63, Cía. Industrial Soconusco, S. A., 30 de noviembre de 1971, unanimidad de 18 votos, ponente: Rafael Rojina Villegas, séptima época, vol. 35, p. 19.

54 La garantía de libertad de trabajo a dedicarse a la profesión que uno le plazca.

obligación de los demás (incluyendo al Estado) a no comportarse monopólicamente y la obligación del Estado por hacer respetar tales derechos y sancionar la violación a tales obligaciones.

CONCORDANCIA

- Artículos 5o., 7o., 8o. (prácticas monopólicas), 9o., 10, 11, 12, 13 (mercado relevante y poder sustancial), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 (concentraciones), 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48 (procedimiento de investigaciones), 50 (competencia efectiva en sectores regulados) del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

JURISPRUDENCIA

- AGUA POTABLE ENVASADA, EL DECRETO NÚMERO 100 DE BAJA CALIFORNIA (REFORMATORIO DE LA LEY DE TRÁNSITO) QUE DECLARA SERVICIO PÚBLICO EL TRANSPORTE DE, ES VIOLATORIO DE LOS ARTÍCULOS 4o. Y 28 CONSTITUCIONALES. Amparo en Revisión 4571/65, Félix Quintero Torres, 31 de Julio de 1969, unanimidad de 20 votos, ponente: Manuel Yáñez Ruiz, séptima época, vol. 7, p. 14.
- CACAO, OPERACIONES DE COMPRAVENTA DE PRIMERA MANO DE. EL IMPUESTO CREADO POR LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1963, VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 28 CONSTITUCIONALES. Amparo en revisión 7057/63, Cía. Industrial Soconusco, S. A., 30 de noviembre de 1971, unanimidad de 18 votos, ponente: Rafael Rojina Villegas, séptima época, vol 35, p. 19.
- DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autoral, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

- MONOPOLIO. EXENCIONES EN LAS LEYES FISCALES. Amparo en revisión 1606/70, Asociación Veracruzana de Fabricantes y Distribuidores de Bebidas Alcohólicas, A. C., y coags., 6 de febrero de 1973, unanimidad de 16 votos, ponente: Euquerio Guerrero López, séptima época, vol. 50, p. 65.
- VEHÍCULOS PROPULSADOS POR MOTORES TIPO DIESEL Y POR MOTORES ACONDICIONADOS PARA USO DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO, CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE, EN SU ARTÍCULO 4o. REFORMADO POR EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA 1966, PORQUE EL ARTÍCULO 4o. CITADO NO ESTABLECE NINGÚN MONOPOLIO A FAVOR DE LOS VEHÍCULOS QUE UTILIZAN DIESEL EN CONTRAVENCIÓN DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 10142/ 66, Rente un Tanque, S.A., 2 de julio de 1968, unanimidad de 20 votos, ponente: Rafael Rojina Villegas, sexta época, vol. CXXXIII, p. 123.
- VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN. EL CAPÍTULO DE EXPLOTACIÓN DE CAMINOS NO VIOLA EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 2214/56, J. Jesús Hernández Martínez y coags., 14 de noviembre de 1961, unanimidad de 17 votos, ponente: José Castro Estrada, sexta época, vol. LIII, p. 154.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLOT, P., "The concept of international law", *European Journal of international Law*, 1999.
- ARROW, K.J, y HAHN, F.H., *General Competitive Analysis*, San Francisco, Holdan Day, Inc., 1971.
- GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, "Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia", *Informe de la Comisión de Competencia Económica*, México, CFC, 1996-II.

LEVY, Santiago, “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994.

Ámbito personal

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

COMENTARIO

El sujeto de la LFCE, el ente con personalidad jurídica, portador de derechos y obligaciones que la legislación de competencia establece, es el *agente económico*. Las únicas excepciones son las indicadas en el texto constitucional referente a las funciones que el Estado ejerce de manera exclusiva en las áreas estratégicas, asociaciones de trabajadores, privilegios de *copyright*, sociedades cooperativas que vendan directamente en el extranjero, y el servicio de banca central.

La LFCE no precisa qué es un agente económico aunque algo se puede inferir de la frase *forma de participación en la actividad económica*. El artículo en comento presenta una lista a manera de ejemplo de lo que puede ser un agente económico. Este artículo ha resultado ser uno de los más controvertidos de la LFCE, no tanto por sí mismo, sino por el conflicto existente en la ciencia jurídica respecto del concepto de *personalidad*.

El derecho puede entenderse como una matriz que identifica seres humanos y situaciones en forma abstracta, constituyendo así una *realidad legal*, paralela a la *realidad social*. La legislación de competencia establece un marco legal que genera un *alter*

ego del mundo de las relaciones económicas y pretende duplicarlas. El derecho de competencia atribuye efectos jurídicos a las conductas y situaciones que se desarrollan en las relaciones económicas de un mercado, y busca generar esa misma red de relaciones en el mundo legal. Por ello debemos para entender la naturaleza legal del agente económico, comprender su papel económico.

Desde el punto de vista de la economía *el agente económico* es la unidad básica de análisis. Dicha unidad puede ser el individuo, la familia, una empresa, un grupo de empresas, un municipio o una entidad federal. El agente económico puede estar constituido por un ente singular o una pluralidad de ellos, pero lo constante en todo esto es que el *agente económico* es aquel que busca maximizar su satisfacción al participar en el mercado ofreciendo y/o demandando bienes o servicios.

El hecho de que el término *agente económico* no esté definido en la LFCE, aparentemente crea un vacío legal. Sin embargo, todas las dudas respecto del agente económico como sujeto de la LFCE surgen de la falta de entendimiento de lo que constituye una *persona jurídica* y no de la falta de definición de agente económico. Particularmente el problema aparece con empresas que se asocian y formen un consorcio, un ente económico, asociación que todavía no es reconocida como una persona jurídica por el derecho, pero que indudablemente actúa bajo una sola dirección, como un solo agente económico.

En principio, para ser sujeto de la ley se requiere tener cierta personalidad reconocida por el sistema jurídico. La teoría tradicional parte del concepto de ser humano para construir el concepto de *sujeto de derecho*. Para la teoría clásica, la *persona jurídica* es en un primer momento el *hombre* en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. No obstante, dicha definición es insuficiente cuando se aprecia que en un orden jurídico no sólo los hombres sino otros *entes*—como los municipios y las asociaciones— pueden ser catalogados como personas jurídicas. Teniendo esto en cuenta, la teoría jurídica propuso entonces que persona es el *por-*

tador de derechos y obligaciones jurídicas. Si el hombre es el portador de derechos y obligaciones se habla de *persona física*; si son otros entes los portadores de derechos y obligaciones se habla de *persona jurídica*, en este sentido se dice que la persona jurídica es en realidad una persona *artificial*, un concepto auxiliar construido por la ciencia del derecho. Un análisis más minucioso demuestra que la persona física también es una construcción artificial de la ciencia jurídica, un noúmeno, como todo lo que puede llamarse derecho.⁵⁵

La distinción entre persona física y jurídica debe por tanto ser abandonada.⁵⁶ Esto resultará más que claro si se toma en cuenta que no todo régimen jurídico otorga personalidad a todos los seres humanos; así el derecho romano, que nadie duda en calificar como derecho, no tuvo problema alguno en establecer que los esclavos no eran personas jurídicas sino simples *res parlante*.

Tener personalidad jurídica es lo mismo que decir que un *ente jurídico* tiene derechos y obligaciones. Al expresar que un *ente* es sujeto de una obligación jurídica se alude a que una conducta determinada de una persona puede ser atribuida a dicho *ente* y que dicha conducta es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico.

La persona jurídica es ente portador de derechos y obligaciones. En ocasiones el orden jurídico permite a sus integrantes crear un ente con personalidad jurídica propia y distinta; mismo que una vez creado, o establecido por la ley, no puede ser desco-

55 En efecto, una relación legal (derecho, deber, responsabilidad, inmunidad, incapacidad) es un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho constituye así una matriz que identifica personas y situaciones en forma abstracta. La red de relaciones legales constituye una *realidad legal* paralela a la *realidad social* y cada posible aspecto de esta última tiene un segundo significado en la primera. Kant es el primero (1797) que advierte la separación entre posesión sensible, empírica, física, de un objeto y la posesión ininteligible, racional, jurídica, del mismo, lo cual dio lugar a la moderna teoría de la propiedad, la cual postula que ésta no es una situación de hecho, sino de derecho, dando lugar así a dos realidades paralelas: la propiedad *real*, los bienes mismos, y la *jurídica*, el derecho sobre los bienes. Cfr. Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 51 y ss.

56 Kelsen, H., *op. cit.*, nota 1, p. 183.

nocido a voluntad de los que lo crearon. De hecho, la intención de la LFCE al establecer al agente económico como el sujeto de ley es justamente evitar simulación a través de fideicomisos o argucias jurídicas que distraigan de quién es el verdadero responsable.⁵⁷

Característica básica del modelo competitivo es la independencia de decisión entre los agentes económicos. El hecho de que la satisfacción de un agente no dependa de la satisfacción de otro. En este sentido, puede ser el caso que una persona moral, una empresa, se comporte como un agente económico, pero puede también suceder que dicha empresa esté vinculada a otras de forma que su comportamiento no sea el de una unidad económica básica (por ejemplo no le interese maximizar su ingreso sino el ingreso del grupo de empresas al que pertenece como un todo). Por esta falta de independencia y por la vinculación existente entre un grupo de empresas, muchas veces un conjunto de empresas se comporta como un solo agente económico sin consideración a las personas morales que la integran. Esta operación es similar al análisis realizado cuando se distingue entre la responsabilidad de una empresa utilizada para cometer un fraude, por ejemplo, y la responsabilidad penal de los seres humanos que la crearon. A esta operación intelectual se le ha llamado *descubrir el velo corporativo*.⁵⁸

Grupo de interés económico

Al grupo de empresas que se comporta como un solo agente económico se le ha denominado en la práctica de la comisión como *grupo de interés económico*. Es importante tener presente que el concepto de agente económico considerado en el artículo 3o. de la LFCE aplica para el caso de análisis de competencia, no para otras materias legales. El concepto de agente económico tiene relevancia en estrategias corporativas de inversiones, ataque

57 Levy, Santiago, *op. cit.*, nota 3, p. 72.

58 *Barcelona Traction, Light and Power Case*, Belgium v. Spain, International Court of Justice, 1970.

de mercados, y política comercial. Utilizar el concepto de agente económico en otras materias jurídicas como por ejemplo, para que una empresa presente alegatos a favor de otra en un juicio de amparo, es un abuso del concepto. En el resto del sistema jurídico mexicano, cada empresa posee una personalidad jurídica distinta no obstante que forme parte de estructuras corporativas mayores.

La identificación de un grupo de interés económico es realizada por la comisión con base en información proporcionada por las empresas y por las autoridades gubernamentales. La identificación toma en cuenta los vínculos patrimoniales, administrativos o de cualquier tipo que existan entre dichas personas morales y que las lleva a actuar en un mercado relevante como un solo agente económico. Dichos vínculos se supone que generan dependencia económica entre las empresas y originan toma de decisiones vinculadas que impiden su operación autónoma y la competencia entre las mismas.

Los criterios con base en los cuales la comisión ha concluido que existe un grupo de interés económico son:⁵⁹

- a) Cuando una persona tiene o es titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del 50% del capital social de dos o más personas morales.
- b) Cuando una persona tiene o es titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de dichas personas, respecto a los demás accionistas de las mismas.
- c) Cuando una persona tenga la facultad de dirigir o administrar a otras personas morales en virtud de un contrato.
- d) Cuando una persona tenga la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otras personas morales.

59 Resolución de pleno, 6 de septiembre de 2001, expediente DC-02-2001, procedimiento tendiente a determinar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en la distribución de gas L. P., recurrida en múltiples amparos.

- e) Cuando una persona tenga la capacidad o el derecho de designar al director, gerente o factor principal de otras personas morales.
- f) Cuando una persona y las vinculadas a ésta por parentesco consanguíneo o por afinidad tengan participación en una o diversas personas morales.

El gobierno como agente económico

A raíz del surgimiento de empresas paraestatales y de la intromisión del Estado en actividades económicas, la teoría jurídica ha establecido la distinción entre actos estatales de imperio y actos estatales de gestión.⁶⁰ Dicha distinción parte de la observación de que el gobierno puede realizar actos donde se comporta como autoridad y actos donde no ejerce poder de imperio, sino que se comporta como un simple privado. Esta dualidad de actuación hace que el Estado tenga un doble papel en cuanto a la garantía de libre concurrencia. En su aspecto de gestión, el gobierno es un agente económico más y tiene el mismo deber negativo de no actuar monopolísticamente. En su aspecto de imperio, el Estado no es un agente económico, sino una autoridad, y tiene el deber de hacer valer la garantía de libre concurrencia, e impedir que los agentes económicos se comporten anticompetitivamente. Dicho deber opera aun contra el Estado mismo cuando se comporta como agente económico.

Un aspecto de gran relevancia para la LFCE es el relativo a la actuación directa en el mercado por parte del Estado como productor o consumidor, es decir, como agente económico; la actuación del Estado por sí o a través de empresas paraestatales tiene efectos grandes sobre los mercados.

En el caso de empresas paraestatales que operan en las llamadas áreas estratégicas⁶¹ puede decirse que si bien no son conside-

60 *Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*, (1977) QB 529.

61 Áreas económicas que el sector público tiene a su cargo de manera exclusiva. Las áreas estratégicas se contraponen a áreas prioritarias, aquéllas donde el Estado participa

radas monopolios por el texto constitucional del artículo 28, están sujetas a las disposiciones de la LFCE en lo referente a prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados,⁶² además dichas empresas paraestatales se constituyen como personas jurídicas privadas y en sus relaciones de mercado no ejercen funciones soberanas.

El problema surge no tanto con empresas paraestatales sino con entes que ejercen funciones soberanas. Tal es el caso de los estados parte de la federación y sus actuaciones gubernamentales con efectos en los mercados. El hecho de que las entidades federativas sean consideradas como un agente económico genera más preguntas que respuestas a nuestra teoría jurídica de la competencia, estamos en presencia de la mezcla de funciones, a la vez soberanas y a la vez de agente económico.

Así por ejemplo, una persona moral denunció ante la comisión hechos consistentes en que el gobierno del estado de Campeche le negó ciertas concesiones para prestar el servicio público de transporte de alquiler, destinado a la transportación de personas sin itinerario fijo en la ciudad de Campeche. La comisión radicó al efecto el expediente IO-17-99 y realizó investigación de oficio, concluyendo que ciertas normas establecidas en la Ley de Vialidad, Comunicaciones y Transportes para el estado de Campeche implicaban restricciones al funcionamiento eficiente del mercado respectivo, en particular que se había violado la fracción V del artículo 10 de la LFCE (prácticas monopólicas relativas).⁶³ En mayo de 2001 el pleno de la comisión resolvió el recurso de reconsideración RA-44-200, y estableció entre otras cosas:

Se recomienda al C. gobernador del estado de Campeche elaborar el anteproyecto de reformas a la Ley de Vialidad, Comunicaciones

junto al sector privado y social con el fin de impulsar y organizar el desarrollo nacional. Existen además todas las demás actividades económicas, donde no le interesa participar al Estado.

62 Véase comentario al artículo 4o. de esta ley.

63 Véase comentario al artículo 10 de la LFCE.

y Transportes del estado de Campeche, remitiéndolo a esta CFC, a efecto de que en uso de sus atribuciones, esta autoridad emita opinión en materia de competencia y libre concurrencia y sea en su oportunidad enviado al H. Congreso Estatal.

El gobierno del estado de Campeche promovió entonces controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁶⁴ radicándose el expediente 1/2001. Campeche señaló básicamente que la comisión había violado los artículos 90 y el 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al ejercer funciones para las que no tenía facultad, y no respetar la soberanía de los estados al invadir el ámbito jurídico reservado para el estado de Campeche. En particular, Campeche sostuvo que la ley cuestionada no era asimilable a un *acto, contrato, convenio o combinación* según los supuestos de la fracción V, artículo 10 de la LFCE, y que el estado de Campeche no era un *agente económico*, sino una *autoridad* respecto de la cual la comisión sólo tiene facultades muy limitadas. En opinión del estado de Campeche, la comisión confundió una ley estatal con “la acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a persona determinada bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidas a terceros”.

Excepciones a la regla antimonopolio

Cabe señalar que la regla antimonopolio nunca fue absoluta y desde su establecimiento por la Constitución de 1857⁶⁵ consideró ciertas excepciones como *moralmente* válidas según calificación que les dio el diputado Arizcorreta.⁶⁶ Así, el artículo 28 constitucional de 1917, heredero del artículo 20 de la diversa de 1857, estableció cinco excepciones a la definición de monopolio, mismas que se complementaron en 1917 con una sexta y séptima es-

64 Véase comentario al artículo 14 de la LFCE.

65 La Constitución de 1857 estableció como excepciones acuñación de moneda, co-reos y privilegios a inventores.

66 Zarco, Francisco, *op. cit.*, nota 18, sesión del 14 de agosto de 1856.

tablecidas en los párrafos tercero y cuarto; las primeras cuatro son excepciones a la regla en favor del Estado, las tres últimas excepciones a favor de la sociedad civil. Las excepciones a favor del Estado se justificaron diciendo que “el gobierno como representante genuino de los intereses de la nación, debe vigilar los intereses colectivos”.⁶⁷ Las excepciones fueron:

1. Acuñación de moneda
2. Correos
3. Telégrafos y radiotelegrafía
4. Emisión de billetes
5. Privilegios temporales a autores, artistas e inventores (*copyright*)
6. Sindicatos
7. Sociedades cooperativas que vendan en el extranjero sus productos, siempre que éstos sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad.

A diferencia de la discusión que se dio en el constituyente de 1857 respecto a la naturaleza de la garantía de libre concurrencia en cuanto a si ésta defendía a la sociedad o al individuo, la discusión de 1917 consideró al artículo 28 como un complemento antes que una limitación a las garantías de libertad de trabajo, industria y comercio. Los monopolios se concebían como un obstáculo para el fortalecimiento del mercado, y su prohibición buscó dar el mayor campo posible al comercio y a la industria. Las excepciones a dicha prohibición concedidas a favor del Estado y sociedad fueron hechas en virtud de que con ello se pensaba que se ponía orden y se garantizaban los derechos de las personas y de la nación como un todo.⁶⁸

La LFCE excluye de su ámbito de aplicación en lo referente a monopolio las funciones que el Estado ejerce en áreas estratégi-

67 Participación del diputado Lizardi, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, México, Porrúa-Cámara de Diputados, 2000, t. V, artículo 28, p. 65.

68 Proyecto de dictamen, *ibidem*, p. 58.

cas (artículo 4o.), a los sindicatos (artículo 5o.), derechos de autor (artículo 6o.) y a la venta de productos realizadas por cooperativas en el extranjero (artículo 6o.).

CONCORDANCIA

- Artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Artículos 5o., 8o. y 17 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

RESOLUCIONES

- Resolución de pleno, 6 de septiembre de 2001, expediente DC-02-2001.
- *Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*, (1977) QB 529.
- *Barcelona Traction, Light and Power Case, Belgium v. Spain*, International Court of Justice, 1970.

BIBLIOGRAFÍA

- Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, México, Porrúa-Cámara de Diputados, 2000, t. V, artículo 28.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797), México, UNAM, 1978.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991.
- LEVY, Santiago, “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994.
- ZARCO, Francisco, *Crónica del Congreso Constituyente 1856-1857*, México, El Colegio de México, 1957, sesión del 14 de agosto de 1856.

Áreas estratégicas

ARTÍCULO 4o. Para los efectos de esta ley, no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, las dependencias y organismos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por esta ley respecto de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas.

COMENTARIO

Por reforma de 1983, el artículo 25 constitucional consagró el concepto de áreas estratégicas estableciendo: "...El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan..."⁶⁹

El artículo 28 constitucional señaló que no constituyen monopolio ocho áreas estratégicas específicas y una general, mismas que fueron consagradas en su párrafo cuarto. Las excepciones a la definición de monopolio con motivo de las áreas estratégicas fueron:

- a. Acuñación de moneda
- b. Correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite
- c. Emisión de billetes
- d. Petróleo y los demás hidrocarburos
- e. Petroquímica básica
- f. Minerales radiactivos y generación de energía nuclear
- g. Electricidad

69 Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

h. Ferrocarriles

- i. Las actividades (en áreas estratégicas) que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

Como complemento legal a estas excepciones, el párrafo sexto del mencionado artículo 28 constitucional estableció por su parte la facultad del Estado para contar con organismos y empresas para el manejo de las áreas estratégicas.

El 2 de marzo de 1995 y bajo el mandato de Ernesto Zedillo se reformó el artículo 28 de la Constitución en su párrafo cuarto,⁷⁰ y se excluyeron de las áreas estratégicas a la comunicación vía satélite y ferrocarriles, calificándolas de *áreas prioritarias*⁷¹ para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de la Constitución, con el objeto de abrir la participación de los sectores social y privado en el desarrollo de dichos sectores pero preservando el Estado su rectoría y autoridad. En este esquema, el Estado al ejercer en ellos su rectoría busca proteger la seguridad nacional y la soberanía; y en el otorgamiento de concesiones y permisos a particulares, el propio Estado mantiene el dominio.⁷²

Los teóricos del tema han dicho que por áreas estratégicas se entienden aquellas actividades que por su contenido revisten especial importancia en el desarrollo económico del país y que no

70 4. "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia".

5. "El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario o donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado". Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

71 "... Así mismo (el sector público) podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo...". Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

72 Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, exposición de motivos, 10 de mayo 1995.

pueden ser sujetas, en su prestación, de concesión alguna a particulares, ya que las mismas involucran un concepto de soberanía nacional y de autonomía económica. Las áreas estratégicas son verdaderos monopolios desde el punto de vista de la teoría económica, pero están “constitucionalmente permitidos”.⁷³ Este permiso constitucional descansa sobre la idea de que generan beneficios a la comunidad como un todo, no obstante su carácter monopólico.

Así, en materia de empresas del Estado, la LFCE distingue entre empresas que están en sectores estratégicos de aquellas que no lo están. Las empresas que no se encuentren en sectores estratégicos están sujetas por lo tanto a las disposiciones de la ley.

Cabe señalar que las exclusiones que establece la propia ley, con base en el artículo 28 constitucional, de que ciertas actividades o situaciones no constituyen monopolio, no significa necesariamente que dichas situaciones o actividades estén totalmente exentas de la regulación de competencia, pues la exclusión no significa impunidad respecto de la realización de prácticas monopólicas y de las demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

La anterior interpretación es consistente con nuestro marco legal. En efecto, el artículo 27 constitucional señala que corresponde a la nación el dominio directo del petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional. El artículo 25 constitucional señala que el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución. Por su parte, el párrafo IV del artículo 28 referido establece que no constituirán monopolios, entre otras, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en petróleo y los demás hidrocarburos y la petroquímica básica.

⁷³ Witker, Jorge, *Derecho de la competencia en América*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 103.

En concordancia con lo establecido en la carta magna, el artículo 2o. de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo establece que sólo la nación podrá llevar a cabo las distintas explotaciones de los hidrocarburos, que constituyen la industria petrolera. El artículo 3o. de dicha ley señala que la industria petrolera abarca, entre otras actividades, las ventas de primera mano de gas. Por virtud de lo anterior podemos concluir que las ventas de primera mano de gas forman parte de la industria petrolera en la cual sólo la nación (identificada en este caso por el Estado) puede llevar a cabo su explotación y que como actividad exclusiva del mismo en un área estratégica no constituye monopolio.

Sin embargo, lo anterior no significa que las ventas de primera mano de gas estén completamente excluidas de la legislación de competencia. Pues aun el Estado en un área estratégica puede cometer actos que constituyan prácticas monopólicas. En este sentido, el artículo 14 de la señalada Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo señala que ciertas actividades, entre las que se encuentran las ventas de primera mano de gas, pueden ser reguladas por el mismo Estado determinando precios y tarifas, cuando a juicio de la comisión no existan condiciones de competencia efectiva, lo cual implica que la comisión tiene facultades para determinar la existencia de condiciones de competencia en un área estratégica reservada con exclusividad al Estado.

CONCORDANCIA

- Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.

BIBLIOGRAFÍA

- WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.

*Sindicatos
Copyright*

ARTÍCULO 5o. No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación de la materia para proteger sus propios intereses.

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

COMENTARIO

Respecto de los *sindicatos*, la historia comienza en los Estados Unidos, donde en el año de 1890 se presentó ante el Senado de dicho país el proyecto de la *Sherman Act*.⁷⁴ El grueso del debate se enfocó hacia una sola cuestión: la de si las organizaciones laborales estaban comprendidas o no en la cláusula “asociaciones que restringen el comercio”.⁷⁵ Existe opinión generalizada de que el propósito del Senado era excluir las organizaciones laborales de las prescripciones de la ley, pero en la aprobación por el congreso se omitieron las enmiendas propuestas.⁷⁶

Aunque hubo algunos casos donde se discutió abiertamente si las disposiciones de la *Sherman Act* se extendían o no a la actividad laboral,⁷⁷ fue hasta el *Loewe vs. Lawdor*,⁷⁸ que la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió dicha cuestión.

74 2 de julio de 1890.

75 “Sección 1. En virtud de esta ley se declara ilegal todo contrato, asociación en forma de *trust* o de otra índole, o conspiración que restrinja el intercambio o el comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras. Toda persona que estipule un contrato de este tipo o se preste a una tal asociación o conspiración, será culpable de delito menor y, probado procesalmente el cargo, se le impondrá una multa que no excederá de cinco mil dólares, o prisión por un tiempo no superior a un año, o ambas penas, a discreción del tribunal”.

76 Falcone, Nicolas, *Derecho laboral* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, pp. 61 y ss.

77 Estados Unidos v Consejo de Trabajadores Unidos, 57 Fed 85 (1893).

78 235 U.S. 522 (1915).

Loewe vs. Lawdor también es conocido como el caso de los Sombreros de Danbury. La *Loewe Company* no tenía personal afiliado al sindicato y pagaba jornales más bajos que los que se abonaban a los talleres sindicalizados, lo cual era ventajoso para la compañía productora de sombreros. El sindicato intentó organizar al personal de la compañía y al verse derrotado recurrió a la huelga, misma que fracasó. En un segundo intento, el sindicato ejerció presión contra las tiendas que vendían los sombreros amenazándolas con medidas de fuerza. El sindicato incluyó además el nombre de la *Loewe Company* en una lista y pidió al público en general que se abstuviera de comprar sus sombreros. El empleo del *boicot secundario* y la *lista negra* significó una pérdida de 80 mil dólares para la compañía.

La *Loewe* ejerció entonces acción contra el sindicato alegando violación a la sección 1 de la *Sherman Act*. Con base en la 7a. sección de dicha ley,⁷⁹ la actora pedía el pago del triple de los daños sufridos a causa de la restricción ilegal del comercio de que acusaba al sindicato. La corte, presidida por el Justice Holmes, otorgó sentencia favorable a la actora. El fallo no dejó lugar a dudas de que las actividades laborales estaban sujetas a la *Sherman Act* y la Suprema Corte sostuvo además que el *boicot secundario* y la *lista negra* constituían medios ilegales que en aquel caso se habían usado para obstaculizar el comercio. La decisión privó además a los sindicatos de su arma más poderosa hasta entonces, el boicot secundario. En adelante los fondos sindicales estarían sujetos a demandas por daños y los miembros de los sindicatos serían parte en los pleitos. Toda amenaza de acción civil contra un sindicato implicaba una cautelosa evaluación de cualquier acción de huelga y resultaba indudable que los sindicatos obrarían con temor al respecto.

79 "Sección 7. Cualquier persona que sufra daño en su comercio o sus bienes por obra de cualquier otra persona o empresa en virtud de circunstancias prohibidas o declaradas ilegales por esta ley, puede incoar juicio por ello ante cualquier tribunal de circuito de Estados Unidos, dentro del distrito en el cual resida o sea hallado el demandado, independientemente del monto del litigio, y cobrará tres veces los daños que haya sufrido más las costas del juicio, incluidos los razonables honorarios del abogado".

Así las cosas, las organizaciones sindicales en los Estados Unidos concentraron todas sus energías en liberarse de la *Sherman Act*. En 1914, fue sancionada la *Clayton Act*, calificada por el sindicalista Samuel Gompers como la carta magna de los trabajadores, misma que establece en su 6a. sección:

el trabajo de un ser humano no es un bien de consumo o un artículo de comercio. Nada que se contenga en las leyes *antitrust* se interpretará como prohibitivo de la existencia y funcionamiento de organizaciones de obreros, agricultores u horticultores ...ni se considerará o interpretará que tales organizaciones o sus miembros constituyen asociaciones ilícitas o conspiraciones para la restricción del comercio bajo las leyes *antitrust*.

Interpretaciones de la *Clayton Act* de palabras no definidas en la misma llevaron a las cortes a otros caminos, limitando nuevamente la actividad sindical en los Estados Unidos, pero esa es otra historia.

En México, la Constitución de 1857 no consideró a los sindicatos entre las excepciones a la definición de monopolio, pero los constituyentes de 1917 influidos por la visión social del mismo artículo 123 constitucional y sabedores de los problemas que enfrentaba el sindicalismo en Estados Unidos, excluyeron a las organizaciones de trabajadores de la definición de monopolio,⁸⁰ justificando dicha excepción como la manera en que quedaba asegurada la garantía social de los trabajadores al derecho de huelga.⁸¹

Respecto al *copyright*,⁸² podemos decir que la protección a la obra intelectual comienza con la aparición de la primera tecnolo-

80 8. "No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses...". Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

81 Participación del diputado von Versen, *Derechos del pueblo mexicano ...*, op. cit., nota 67, p. 61.

82 9. "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora". Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

gía que facilitó la reproducción no autorizada de obras en gran escala, esto es, la imprenta, cuya aparición tuvo dos efectos importantes:

- I. Facilitó la multiplicación de obras originales.
- II. Transformó las obras impresas en un objeto comercialmente accesible a las grandes masas, creando oportunidades de negocio insospechadas.

Tres clases de beneficios surgen directamente de la imprenta:

- a) Un beneficio social que aprovecha la humanidad al tener acceso general al conocimiento que puede desarrollarse de manera exponencial mientras más difundido se encuentre.
- b) Un beneficio intelectual del autor que repercute en una mayor audiencia para su obra.
- c) Un beneficio comercial que aprovecharon principalmente los impresores, quienes hicieron fortunas publicando antiguos manuscritos y nuevas obras y que se perjudica si otros aprovechan la tecnología para reproducir el material de mérito.

La complicación en materia de protección a la propiedad intelectual puede resumirse en la poca probabilidad de proteger los tres beneficios de manera simultánea y en la búsqueda de lograr un equilibrio entre dichos intereses.

En un principio, la protección se centró en proteger el interés comercial de la industria reproductora. Así, por ejemplo, el Senado de Venecia en 1495 dio la *concesión del privilegio* al impresor Aldo para imprimir las obras de Aristóteles. El sistema de privilegios sirvió además como un medio de control social al permitir a reyes y gobiernos controlar y censurar las obras publicadas.

El primer ordenamiento legal en forma de legislación surgido para proteger de la piratería intelectual fue el llamado *Estatuto de la Reina Ana*, publicado en 1710. Dicho estatuto concedía a los autores de obras publicadas el derecho exclusivo de reimprimir sus obras por un periodo de 21 años. El sistema de privilegios fue cambiado cuando se difundió la idea de que el propietario de una

obra era su autor. Esto se reflejó por ejemplo en las resoluciones del Consejo de Estado Francés a partir de 1761.

Los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorgan a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, buscaron su justificación en el dicho de que constituyen el incentivo comercial al desarrollo tecnológico, de forma que altos costos de investigación en la etapa de investigación científica se vean recuperados con la subsiguiente explotación comercial exclusiva, aunado a la persecución a aquellos que usurpen dicha invención. Así, Mariano Coronado sostenía su necesidad diciendo que los “privilegios a los inventores o perfeccionadores de algo útil ... (era) un premio a sus afanes, como estímulo y aliciente para los que se dedican al adelantamiento de las ciencias y artes”.⁸³

Nuestras cortes se han alejado de dicha interpretación y han justificado la excepción a la definición de monopolio derivada del *copyright*, asimilándola a una protección gremial de trabajadores. Se sostiene que la protección de la actividad intelectual y artística, más que un interés mercantil, aspira a tutelar los derechos de cierto tipo de trabajadores, lo cual la convierte en un típico derecho clasista, una de cuyas características esenciales viene a estribar precisamente en la unidad de la organización de quienes pertenecen a la clase social de que se trata. Por ello es que en el caso no puede hablarse de la existencia de un monopolio, ya que éste sólo existe cuando se trata de artículos de consumo necesario o de actos o procedimientos que tiendan a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicio al público, es decir, de actividades encaminadas a la obtención de lucro, concepto sustancialmente diverso al de remuneración por el trabajo, así sea éste intelectual, científico o artístico.⁸⁴

83 Coronado, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicana*, México, Librería de Ch. Bouret, 1906, p. 98.

84 DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autorial, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

CONCORDANCIA

- Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Sherman Act*, secciones 1a. y 7a.
- *Clayton Act*.

JURISPRUDENCIA

- DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autoral, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, P. 103.

RESOLUCIONES

- Estados Unidos v Consejo de Trabajadores Unidos, 57 Fed 85 (1893).
- *Loewe vs. Lawdor*, 235 U.S. 522 (1915).

BIBLIOGRAFÍA

CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Librería de Ch. Bouret, 1906.

Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, México, Porrúa-Cámara de Diputados, 2000, t. V, artículo 28.

FALCONE, Nicolas, *Derecho laboral*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970.

Sociedades cooperativas

ARTÍCULO 6o. Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas que vendan directamente sus productos en el extranjero, siempre que:

I. Dichos productos sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o no sean artículos de primera necesidad;

II. Sus ventas o distribución no se realicen además dentro del territorio nacional;

III. Su membresía sea voluntaria y se permita la libre entrada y salida de sus miembros;

IV. No otorguen o distribuyan permisos o autorizaciones cuya expedición corresponda a dependencias o entidades de la administración pública federal; y

V. Estén autorizadas en cada caso para constituirse por la correspondiente a su domicilio social.

COMENTARIO

La excepción a la definición de monopolio consistente en las *cooperativas* fue propuesta por la diputación yucateca al Congreso Constituyente de 1857. Dicha idea se inspiró en la Comisión Reguladora del Mercado del Henequén que tuvo una influencia importante en la fijación de su precio a nivel internacional.⁸⁵ Las cooperativas fueron propuestas bajo la idea de que “los pequeños productores son los que más necesitan asociarse en determinados casos para defender sus productos en contra de los grandes acaparadores”.⁸⁶

Los requisitos enumerados por la LFCE tratan de reglamentar el contenido de la prohibición establecida por la Constitución.⁸⁷ No obstante, nuestras cortes han señalado que el elemento más importante es el propósito, y así han sostenido que en el caso de cooperativas pesqueras no se crea una situación de monopolio en virtud de que

85 Proyecto de dictamen, *Derechos del pueblo mexicano ...*, op. cit., nota 67, p. 59.

86 Participación del diputado Lizardi, *ibidem*, p. 62.

87 8. “No constituyen monopolios ... las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata”. Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

no se está estableciendo una situación de privilegio, en favor de éstas, pues no puede admitirse como tal el propósito de que esa explotación se haga por dichos organismos que están constituidos por nativos del lugar, que viven precisamente de lo que éste da, que es la pesca, y no de otra cosa y que, por ello, deben tener derecho preferente de explotación respecto de las demás personas, mismo que ejercen a través de agrupaciones cooperativas ya que la pesca requiere un capital que uno solo no podría tener, lo cual no puede equipararse al monopolio.⁸⁸

CONCORDANCIA

- Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

JURISPRUDENCIA

- COOPERATIVAS PESQUERAS. EL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE PESCA DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1949, ES CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 1698/54, Manuel Fernando Orrantia Valenzuela, 10 de abril de 1973, mayoría de 16 votos, ponente: Ramón Canedo Aldrete, disidentes: Ezequiel Burguete Farrera y Ernesto Aguilar Álvarez, séptima época, vol. 52, p. 34.
- DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autoral, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

88 COOPERATIVAS PESQUERAS. EL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE PESCA DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1949, ES CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 1698/54, Manuel Fernando Orrantia Valenzuela, 10 de abril de 1973, mayoría de 16 votos, ponente: Ramón Canedo Aldrete, disidentes: Ezequiel Burguete Farrera y Ernesto Aguilar Álvarez, séptima época, vol. 52, p. 34.

BIBLIOGRAFÍA

Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, México, Porrúa-Cámara de Diputados, 2000, tomo V, artículo 28.

Precios máximos

ARTÍCULO 7o. Para la imposición de precios máximos a los productos y servicios que sean necesarios para la economía nacional o el consumo popular, se estará a lo siguiente:

I. Corresponde en exclusiva al Ejecutivo Federal determinar mediante decreto cuales bienes y servicios podrán sujetarse a precios máximos: y

II. La Secretaría, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras dependencias, determinará, mediante acuerdo debidamente fundado y motivado los precios máximos que correspondan a los bienes y servicios determinados conforme a la fracción anterior, con base en criterios que eviten la insuficiencia en el abasto.

La Secretaría podrá concertar y coordinar con los productores o distribuidores las acciones que sean necesarias en esta materia, sin que ello se entienda violatorio de lo dispuesto por esta ley, procurando minimizar los efectos sobre la competencia y la libre concurrencia.

La Procuraduría Federal del Consumidor, bajo la coordinación de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, será responsable de la inspección, vigilancia y sanción, respecto de los precios máximos que se determinen conforme a este artículo, de acuerdo con lo que dispone la Ley Federal de Protección al Consumidor.

COMENTARIO

A diferencia de anteriores legislaciones reglamentarias del artículo 28 constitucional, donde el Ejecutivo federal ejercía atribuciones excesivas, la actual ley busca reducir al máximo tal interven-

ción, y pretende que la comisión resuelva solamente las evaluaciones e investigaciones que efectúa conforme a la ley, sin consideraciones políticas de otra índole. El artículo 7o. que se comenta constituye una salvedad.

El presente artículo es reglamentario de la facultad prevista en el artículo 28 constitucional para fijar precios máximos.⁸⁹ Dicha facultad, ejercida a través de la LFCE, aparece como vestigio del Estado interventor mexicano y constituye el pilar del presidencialismo que caracteriza a este país y va en detrimento del Estado de derecho, liberal y garantista.⁹⁰ La facultad considerada en el artículo 7o. de la LFCE evidentemente genera incertidumbre por la actuación discrecional de la autoridad.

Según la exposición de motivos de la LFCE, en el pasado los controles directos de precios se justificaron por dos motivos: a) el alto costo de transacción y transporte, falta de información y ausencia de regulaciones adecuadas que llevaban a una asignación del mercado poco eficiente y alejada de los objetivos sociales, que hicieron del control de precios, ante la carencia de otras alternativas, una opción útil para aumentar la eficiencia; y b) la economía mexicana había trabajado bajo un modelo que protegía de la competencia internacional con el fin de que la industria nacional tuviera un periodo de gestación, el resultado, lejos de lo pretendido fueron productos malos a precios caros. En el intento por contener las fuerzas monopólicas generadas en dicho modelo, la

89 3. "Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses". Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

90 Antecedentes de este tipo de facultades han sido rastreadas en la época precolombina. El maestro Margadant señala al respecto que "una situación privilegiada vivían los comerciantes *pochtecas*, clase hereditaria con rasgos militares y caracteres secundarios de embajadores y espías (atacarles constituía una *casus belli*). Sólo en mercados oficiales, tianguis, podían ofrecer sus mercancías, (hubo tianguis permanentes, anuales, o celebrados cada veinte días). Allí hubo control oficial de los precios". Cfr. Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, UNAM, IJc, 1971, p. 24.

política comercial descansó en controles directos como controles de precios.

A diferencia de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica del 30 de diciembre de 1950, el mecanismo contenido en la LFCE pretende ser más claro y preciso: el Ejecutivo federal determina los bienes sujetos a imposición de precios máximos y la secretaría del ramo establece dichos precios con base en criterios que eviten la insuficiencia.⁹¹

La LFCE está inscrita en una lógica de apertura al comercio exterior que favorece la competencia en la industria y el comercio interior. El objetivo es aumentar el papel de los mercados en la asignación de recursos y reducir la importancia de los instrumentos de política utilizada por el Estado basados en controles directos a precios y producción. La lógica subyacente es que el mercado competitivo es la mejor opción en cuanto a la organización económica de la sociedad. La fijación directa de precios y producción por el Estado en sustitución al mercado es claramente una afrenta a la teoría de la competencia. Cabe resaltar que este artículo no es una facultad de la comisión, tal facultad escapa a su lógica de actuación, ésta es una facultad presidencial que es puesta en operación por la secretaría del ramo.

Esta actuación del Estado debe distinguirse de aquélla en los llamados *monopolios naturales* como los desarrollados en los sectores de telecomunicación telefónica o redes de distribución de gas natural. Estos monopolios deben ser regulados para evitar comportamiento monopólico dañino a los consumidores en virtud del poder sustancial prevaleciente en dichas industrias. En México, las autoridades reguladoras dependientes de cada secretaría del ramo, como por ejemplo la Comisión Federal de Telecomunicaciones que depende de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, son las encargadas de establecer condiciones a los servicios o productos ofrecidos por los monopolios naturales.

91 Ley Federal de Competencia Económica, exposición de motivos, 26 de noviembre 1992.

Un ejemplo dejará este artículo más claro. En febrero de 2001 y con fundamento en lo previsto en el artículo 50⁹² del Reglamento de la LFCE y el artículo 7o.⁹³ del Reglamento de Gas Licuado de Petróleo, la comisión inició de oficio el procedimiento administrativo DC-02-2001, tendiente a determinar la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en la distribución de gas licuado de petróleo, en virtud de que se habían registrado aumentos sistemáticos en los márgenes de comercialización en la distribución de dicho producto. En fecha 6 de septiembre del 2001, la comisión determinó que en 20 de 35 mercados del país no existían condiciones de competencia efectiva. Posteriormente, la comisión turnó la resolución correspondiente a la autoridad reguladora, esto es a la Secretaría de Energía para que, en el ámbito de sus atribuciones, procediera a establecer regulación de precios y tarifas; sin embargo, lo anterior no se hizo inmediatamente en virtud de que la resolución de la comisión fue recurrida en vía de amparo y recurso de reconsideración.

Ante la presión social por regular el precio del gas L. P., el presidente de la República ejerció la facultad discrecional establecida en el artículo 7o. de la LFCE y el 28 constitucional. El 12 de marzo del 2001 se decretó que el gas licuado de petróleo y los servicios involucrados en su entrega al usuario final, quedarían sujetos al precio máximo de venta a usuarios finales que fijara la Secretaría de Economía. La secretaría referida emitió acuerdos mensuales para dar operatividad al señalado decreto presidencial.

92 "Artículo 50. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deberá resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante, u otras cuestiones sobre competencia o libre concurrencia, corresponderá a la Comisión, salvo disposición en contrario, emitir la resolución correspondiente. Para tal efecto, la Comisión, de oficio o a solicitud de la autoridad respectiva o de algún agente económico interesado, emitirá resolución conforme a los siguientes: IV. Turnará la resolución a la autoridad competente para los efectos legales a que haya lugar, sin perjuicio de las gestiones que ante la misma pudieren promover los interesados..."

93 "Artículo 7o. Precios y Tarifas Aplicables. Corresponde a la Secretaría (de Energía) establecer la regulación de precios y tarifas aplicables al transporte, almacenamiento y distribución de gas L. P., en el ámbito de sus atribuciones, cuando no existan condiciones de competencia efectiva, a juicio de la Comisión Federal de Competencia..."

Cabe señalar que la regulación de precios con base en el artículo 7o. de la LFCE es completamente independiente de la regulación que pueda hacer la autoridad reguladora correspondiente con base en la determinación sobre inexistencia de condiciones de competencia que realice la comisión. En teoría, la autoridad reguladora debe promover la competencia por medio de cambios estructurales en la industria de referencia, su objetivo no será fijar un precio, sino fortalecer un mercado que fije un precio competitivo. La medida de fijación de precios y tarifas impuesta por la autoridad reguladora se impone después de un procedimiento administrativo donde se siguen las formalidades esenciales del procedimiento entre las que destaca la garantía de audiencia para el monopolio natural. La regulación de precios prevista en el artículo 28 constitucional y 7o. de la LFCE es facultad discrecional del Ejecutivo federal y no obedecen formalidad alguna del procedimiento. Es de esas facultades que caracterizan y sorprenden a los ajenos al sistema jurídico mexicano.

CONCORDANCIA

- Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Artículo 50 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.
- Artículo 7o. del Reglamento de Gas Licuado de Petróleo.

BIBLIOGRAFÍA

MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, UNAM, IIJc, 1971.