

EL DERECHO FRENTE A LOS MONOPOLIOS

Gandulfo ZULLITA FELLINI
Rafael PÉREZ MIRANDA

SUMARIO: I. *Diversas concepciones sobre los monopolios.* II. *La legislación antimonopólica en los Estados Unidos.* III. *La legislación antimonopólica en Europa.* IV. *La legislación antimonopólica en América Latina.* V. *La regulación antimonopólica en Argentina.* VI. *La protección de la libre concurrencia en Chile.* VII. *Legislación antimonopólica en México.*

I. DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LOS MONOPOLIOS

Es necesario realizar una serie de distinciones, previas al enfoque y desarrollo del tema que nos ocupa, pues en diferentes etapas históricas se han generado algunos problemas vinculados al concepto de monopolio.

1. *Los monopolios en la etapa precapitalista*

La sociedad precapitalista conoció diversas formas de organización productiva en los sectores agrario y manufacturero. En sus últimas manifestaciones tuvieron cierto desarrollo las corporaciones o gremios, que recibían de la autoridad estatal el privilegio monopólico de producción y distribución de determinados bienes; estas pequeñas unidades artesanales tenían, incluso, limitado el número de operarios. Sus concesiones respondían en muchos casos a tradiciones históricas, y en otros a necesidades fiscales de los señores.

Los privilegios de las corporaciones configuraban una de las tantas trabas que la sociedad feudal oponía a la libre expansión de las poderosas fuerzas productivas en la segunda mitad del siglo XVIII; en consecuencia, su derogación va a ser uno de los objetivos de la insurgente sociedad burguesa. Las primeras manifestaciones de esta política fueron las autorizaciones para instalar talleres y fábricas en el campo, fuera de los límites jurisdiccionales de los feudos — a los que estaba limitado el privilegio — y, *a posteriori*, su derogación lisa

y llana. En Francia la Asamblea Nacional dispone por ley la eliminación de los privilegios de las profesiones en marzo de 1971.¹

En el derecho hispano la expansión de los gremios fue muy importante; recién dejan de tener vigencia en la segunda década del siglo XIX. Otro tipo de monopolio era el derivado del señorío, consistente en el uso obligatorio de la forja, del horno y el molino, que implicaba la percepción de tributos por el señor. Destacan en la época los monopolios fiscales (o *estancos*); el monarca reservaba para la Corona el monopolio en la producción y comercialización de artículos de primera necesidad como la sal, el tabaco, el papel sellado, los fósforos (cerillos), etcétera; su comercialización a precios muy elevados permitía el ingreso de importantes sumas de dinero a las arcas estatales y la demanda rígida de los mismos posibilitaba regular estos ingresos de acuerdo con las necesidades de la hacienda pública. La importancia sustancial de estos monopolios, como fuentes de financiamiento del gasto gubernamental, motivó su subsistencia en muchos países en las primeras etapas posteriores a la Revolución Industrial. En relación con el derecho hispano y con sus colonias, es necesario destacar, por último, el monopolio vinculado al comercio con las colonias, en especial el denominado monopolio de Sevilla.

En su mayoría, estos privilegios fueron eliminados en España a principios del siglo XIX por las Cortes de Cádiz, y por la consolidación de la independencia en el subcontinente latinoamericano.²

Los instrumentos jurídicos utilizados por la sociedad para la eliminación de las trabas a la expansión de las fuerzas productivas fueron la derogación general de los privilegios, la inclusión en las normas constitucionales de la libertad de ejercicio de las profesiones, del comercio y de la industria, y en algunos casos, la prohibición de los monopolios y estancos. Es de destacar que el instrumento fundamental fue otorgar garantías, no la prohibición.

Las disposiciones antimonopólicas de las constituciones del siglo XIX hacen referencia especialmente a este tipo de monopolios y así se pone de manifiesto en la Constitución Mexicana de 1857, reproducida en parte en 1917.

Resulta extraña, sin embargo, la reiterada referencia a los estancos en el texto de 1917 —época en que éstos habían dejado de tener vigencia histórica—, en su ley reglamentaria y en proyectos de reforma a esta disposición constitucional.³

¹ Ver al respecto Tigar y Levy, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, 1978, pp. 230 y ss.

² Ver un estudio detallado de las diversas formas monopólicas precapitalistas en Tamames, *La lucha contra los monopolios*, Madrid, 1966, pp. 230 y ss.

³ Labra. "La Constitución, el Estado y la economía", en revista *El Economista Mexicano*, México, vol. XIII, núm. 6, 1979, p. 23.

Una interpretación moderna de los estancos, que sin duda alteraría sustancialmente su concepción original, sería contradictoria con la letra y el espíritu de la Constitución y con toda la política económica y social gubernamental posrevolucionaria. Implicaría, por ejemplo, sustituir el actual régimen jurídico del petróleo.

2. *Los monopolios en el capitalismo*

El sustento ideológico del desarrollo de la sociedad capitalista en el orden económico es elaborado por el liberalismo, sobre la base de la autoplanificación de la producción —la mano invisible—, para la cual se requería un mercado atomizado, movilidad de los factores de la producción y libre funcionamiento del mercado. Estos prerequisites eran considerados, a la vez, características inherentes al sistema.⁴

Nos interesa en especial el problema del mercado atomizado y su significación económica inmediata: los n oferentes y n demandantes no estaban en condiciones reales de acordar un comportamiento común en el mercado que pudiera alterar los resultados naturales del libre juego de oferta y demanda. De poder hacerlo, se alterarían los precios de las mercancías —que por bajos o altos dejarían de ser justos— y también los volúmenes que se aportarían al mercado.

Es en el último tercio del siglo pasado que se comienza a visualizar un agudo proceso de concentración y centralización de capitales que coincide con un nuevo impulso a la capacidad productiva industrial en los países desarrollados. La expansión de la capacidad productiva y los avances técnicos no derivaron, como se suponía, en reducciones sustanciales de los precios, ni en la elevación proporcional del nivel de vida de las grandes masas. Por el contrario, las nuevas necesidades de mayores volúmenes de capital y de tecnologías modernas para poder competir con éxito en el mercado, motivaron la paulatina quiebra o absorción de sectores significativos de las empresas de menor tamaño por las grandes corporaciones.

A la concentración natural del mercado en un menor número de empresas, agudizada por el control de aquél, el cual es ejercido por una cantidad aún menor, se añadieron los acuerdos realizados por las grandes corporaciones para el control de los elementos fundamentales de la vida económica. La sociedad anónima, con todas las posibilidades de utilización que brinda para el control de capitales de terceros, sustituyó al empresario individual en las economías más desarrolladas y en los sectores productivos más dinámicos.

Las formas de control sobre el mercado adoptadas por los monopolios fueron directas, como la fusión o integración jurídica y econó-

⁴ Cfr. Pérez Miranda, "Derecho económico y relaciones de producción", *Reporte de Investigación*, México, núm. 32. Universidad Autónoma Metropolitana, 1980, p. 19.

mica —*trust*—; la integración financiera, manteniendo fictamente la independencia jurídica y funcional —*holding*—, e indirecta —concertación de precios y distribución de mercados.

La política estatal frente el desarrollo de los monopolios fue contradictoria; en términos generales, y en especial por la presión de la opinión pública, se opuso a ellos e inclusive legisló a favor del libre mercado, con diverso rigor y eficiencia en cada país. Por otra parte, el mismo Estado se transformó en un promotor de actividades monopólicas, basando su accionar en conveniencias de costos.

Nos interesa en especial este tipo de procesos derivados de mercados oligopólicos y la legislación vinculada a los mismos. Es necesario, sin embargo, una mayor precisión del tema a analizar, distinguiendo la legislación dirigida directamente a los monopolios u oligopolios y aquella orientada a factores que posibilitan su desarrollo.

3. Factores de desarrollo de los monopolios

La dinámica interna de desarrollo del capitalismo conlleva la tendencia a la concentración y centralización de capitales; sin embargo, las políticas de las grandes corporaciones pueden agudizar el proceso de destrucción de la competencia. Una estrategia completa sobre el tema debe atacar en especial los factores promonopólicos, pues una vez desarrollados los monopolios son difíciles de disolver.

Es conveniente, en consecuencia, apuntar la distinción entre:

A. Legislación antimonopólica propiamente dicha: orientada generalmente a controlar los monopolios u oligopolios en tanto que son unidades económicas que pueden determinar en grado significativo un sector del mercado y las actividades desarrolladas para el logro de estas posiciones privilegiadas (*dumping*), o maximizar los efectos de la misma (acuerdos colusivos respecto a precios, mercados, etcétera), y

B. Legislación referida a factores que originan posiciones monopólicas: en este agrupamiento se encuentran las normas relacionadas con la inversión extranjera, invenciones y marcas, aranceles aduaneros, regulación empresarial, política financiera —monetaria y tributaria.

En este mismo sector ubicamos las normas atinentes a la organización de las acciones estatales que posibilitan u organizan, a través de la empresa pública, actividades monopólicas.

Este análisis se limitará, en principio, a la legislación antimonopólica propiamente dicha. Es necesario realizar una distinción entre un análisis *estático* —que permita definir el grado de concentración en un momento dado, respecto a otros países de similar o diverso ni-

vel de desarrollo—, y uno *dinámico*, referido al mismo mercado y utilizando como elemento comparativo diferentes períodos. Para el análisis de políticas económicas y legislativas consideramos conveniente este último criterio.

II. LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA EN LOS ESTADOS UNIDOS

La regulación jurídica de los monopolios obedece, generalmente, a necesidades de política general que presentan características diversas en consideración a los distintos sistemas que se analicen. En este sentido, nos dedicaremos en principio al estudio de la regulación que se ha desarrollado en el sistema norteamericano, para luego tomar en cuenta las reglamentaciones surgidas del sistema continental europeo, fundamentalmente como consecuencia de la implantación del mercado común. Finalmente abordaremos el tratamiento de la problemática latinoamericana.

En los Estados Unidos la legislación protectora de la libre competencia se apoya, principalmente, en tres importantes leyes surgidas desde 1890; son éstas, la Sherman Act, la Clayton Act, y la Federal Trade Commission Act.⁵

1. Estas leyes tienen su origen en factores políticos y económicos de diversa índole; a éstos debemos adjudicar los antecedentes de una legislación antimonopólica de tan temprana data, si consideramos que en Europa, por ejemplo, se comenzó a legislar en la materia a partir de 1950.

Sin embargo, no es en los Estados Unidos, sino en Canadá, donde se sanciona por primera vez una ley destinada a proteger específicamente la libre competencia; esto es en 1889, o sea, un año antes de la promulgación de la Sherman Act. En realidad ésta fue una ley que se ocupó fundamentalmente de sancionar las prácticas colusorias que afectaban la competencia; pero fue insuficiente en el sentido de que dejó fuera de su tratamiento el resto de los problemas que son comunes a la materia.

Los factores políticos y económicos a los que hacemos referencia son, en principio, en los Estados Unidos, el desarrollo industrial nor-

⁵ Sobre la evolución de la legislación antimonopólica en los Estados Unidos, véase Tammes, *op. cit.*, pp. 75 y ss.; Bain, *Organización industrial*, Barcelona, 1973, pp. 210 y ss.; Aftalion, *Monopolios y sociedades multinacionales*, Buenos Aires, 1970, pp. 9 y ss.; Rovira y Negri, "La regulación de conductas monopólicas en el derecho argentino y comparado", en *Revista del Derecho Industrial*, año 1, núm. 2, 1979, p. 282; Debenedetti, "Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia nacional en el tema de monopolios", en *N. P. P.*, año 2, núm. 3, 1973, p. 353; Tiedemann, "Derecho sobre los monopolios y derecho penal del monopolio", (*Estudios de Derecho Económico*, vol. III), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 65 y ss.; Galán Corona, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 58 y ss.

teamericano, que convierte al país en uno de los mercados más importantes del mundo; la política proteccionista, con especial énfasis en los aranceles que se aplicaron después de 1816 en tejidos de algodón, lana y hierro principalmente, además de algunos otros productos manufacturados; la expansión económica del oeste, que favoreció prácticas restrictivas de la competencia; también merece considerarse la doble jurisdicción de la administración federal, y de los distintos estados de la Unión, lo cual originó diversos conflictos que redundaron en favor de las coaliciones y de las prácticas monopólicas.

El proceso se vio facilitado en algunos casos por la concentración en cuanto a la obtención de materias primas.

Asimismo, debe considerarse que la amplitud del mercado dio lugar a grandes fuentes de producción especializadas, que naturalmente tendieron a originar prácticas monopólicas, tendencia que no ha sido modificada aún en la actualidad, lo que permite, en opinión de algunos autores, poner en duda la eficiencia de la legislación preventiva.

2. La legislación preventiva estuvo compuesta, en un principio, por el *common law* que resultó ineficaz cuando, en parte por las razones expuestas, surgen en los Estados Unidos grandes unidades empresariales que realizaron acuerdos colusivos entre los competidores. Los primeros en reclamar contra estos abusos fueron los agricultores y los granjeros que se veían afectados por las compañías de ferrocarriles en el transporte de sus productos a los mercados de las ciudades del este. El ferrocarril, dada la amplitud territorial, fue un factor económico de gran importancia, el cual dio lugar a la posibilidad de coaligarse a las empresas ferroviarias con los negocios mineros, manufactureros o comerciales.

Resultaron ineficaces tanto las acciones judiciales interpuestas con base en el *common law*, como las leyes que promulgaron en su momento los distintos estados de la Unión para enfrentar el problema, fundamentalmente porque esas leyes estaban circunscritas territorialmente, lo que impedía en la mayor parte de los casos la persecución de los grandes monopolios que excedían los límites de cada estado.

3. En el *common law* encontramos la primera dedicación del Estado norteamericano referida a la práctica *antitrust*, estando allí contenidos los principios desarrollados posteriormente por la legislación federal *antitrust*.

Así es como podemos mencionar, por ejemplo, la regla según la cual los convenios o contratos para limitar la competencia eran nulos. Sin embargo, los jueces norteamericanos establecieron algunas excepciones a este principio en los casos en que la restricción a la

competencia tiene una finalidad justa y honesta, y no es perjudicial al interés público.

El régimen impuesto por el *common law* condenaba fundamentalmente los acuerdos que perseguían el control del abastecimiento, la limitación de la producción, la fijación de precios, la puesta en común de beneficios, el reparto del mercado, o cualquier acuerdo que restringiendo la competencia indebidamente lesionara el interés público.

En este sentido se declararon ilegales algunos *trust* como el caso *The people of the state of New York vs. The North River Sugar Refining Company*, y también algunos casos de fusión de empresas o concentración como *Richardson vs. Buhl*, que sancionó a una empresa que se proponía comprar todas las fábricas de cerillos de los Estados Unidos.

4. En este estado de cosas, junto a un sistema legislativo que dedicó alguna preocupación a la lucha contra la restricción de la competencia, a la prevención contra la monopolización y a la prohibición de prácticas competitivas desleales o inmorales, existieron leyes emanadas de los diferentes estados, que con el mismo objetivo, veían en la práctica reducido su campo de acción para abordar eficazmente el problema.

Fue necesario, entonces, que el gobierno federal se ocupase del asunto, no sin dificultades en el orden legislativo interno; se sancionó en el año 1890 la Sherman Act, a propuesta del senador Sherman, del estado de Ohio. El propósito de esta ley fue declarar ilegales los *trust* y las combinaciones restrictivas del comercio y la producción, y se la denominó "Ley para proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios".

La Sherman Act fue complementada en 1914 por la Clayton Act y la Federal Trade Commissions Act. Al mismo tiempo se creó un órgano administrativo para la aplicación de la legislación *antitrust*; este órgano fue llamado Federal Trade Commission.

5. Estas tres leyes, consideradas como las más importantes en la lucha *antitrust* norteamericana, que ejercieron gran influencia en las posteriores legislaciones del mundo, fueron a su vez enmendadas y modificadas, como ocurrió, por ejemplo, en 1937 con la Miller-Tydings Act, en 1952 con la Mc Guire Act, en 1936 con la Federal Trade Commissions Act y con la Robinson-Patman Act, entre otras.

Al mismo tiempo una serie de actividades, por imperio de otras leyes, quedaron excluidas de la aplicación de la legislación *antitrust* mencionada, como ocurrió, por ejemplo, con la Webb-Pommerene Act de 1916, que tuvo como objeto excluir las importaciones (compradas frecuentemente por productos de competidores agrupados), y favorecer al mismo tiempo la exportación norteamericana. En

realidad la Webb-Pommerene Act favorecía los acuerdos realizados por los exportadores norteamericanos referentes sólo al comercio exterior, por ejemplo, los de fijación de precios o reparto de mercados. Estos acuerdos de no ser por la ley que mencionamos, hubieran sido afectados por la Sherman Act, aunque de todos modos la finalidad de la ley no era restrictiva para los exportadores norteamericanos que no hubieran acordado. Sin duda ésta fue una legislación que produjo numerosos abusos, situación que se observa a través de la jurisprudencia.

Otras leyes como la Norris-Laguardia Act de 1932 y la Taft-Harley Act de 1947, eximen de la aplicación de las leyes *antitrust* a las actuaciones de las organizaciones obreras en materia laboral; sin embargo, en la práctica, antes y después de 1947, las organizaciones obreras y los sindicatos sufrieron la aplicación de la Ley Sherman. En efecto, se vieron ante los tribunales acusados de violar las leyes *antitrust*.

6. En 1922 se sanciona la Copper-Volstead Act que contenía disposiciones que favorecían la inaplicabilidad de las leyes *antitrust* a la actividad agraria, objetivo compartido asimismo por la Cooperative Marketing Act de 1926. Finalmente, la presencia de organismos como la Independent Regulatory Commissions, entre los cuales pueden citarse el Consejo de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal, la Comisión Federal de la Energía, el Consejo Marítimo Federal, la Comisión Federal de Comunicaciones, el Consejo Aero-náutico Civil, etcétera, tenían carácter de exclusión en el ámbito que les competía, respecto de la Sherman Act y las demás leyes *antitrust*.

7. *Contenido de la Sherman Act; primera ley antimonopólica que se sanciona en los Estados Unidos en 1890:*

Sección 1a. Se declara ilegal todo acuerdo, contrato o agrupación de empresas (bajo la forma de *trust* o bajo cualquier otra forma) que tienda a restringir la competencia en la industria o en el comercio entre los diferentes estados de la Unión o de la Unión con las naciones extranjeras. Toda persona que realice tal clase de contratos o tome parte en tales agrupaciones o acuerdos se presumirá que es culpable de un delito, y si es declarada convicta de él será castigada con multa que no exceda de cinco mil dólares o con prisión de no más de un año, o con ambas penas si el tribunal lo estima oportuno.

Sección 2a. Toda persona que monopolice o intente monopolizar o se ponga de acuerdo con otra u otras personas para monopolizar una rama cualquiera de la industria o del comercio (entre los distintos estados, o de la Unión con las naciones extranjeras), será considerada culpable de un delito, y si es declarada convicta de él, será castigada con multa que no

exceda de cinco mil dólares (actualmente cincuenta mil) o con prisión de no más de un año, o con las dos penas citadas, a discreción del tribunal.

Sección 3a. Se declara ilegal todo contrato, agrupación (bajo la forma de *trust* o de cualquier otra forma) o acuerdo cuya finalidad sea restringir la competencia en la industria o en el comercio en cualquier territorio de los Estados Unidos, o en el distrito de Columbia, o que tienda a restringir la competencia en el comercio entre alguno de los citados territorios y otro de ellos o entre cualquier territorio o cualesquiera territorios y cualesquiera estado o estados o naciones extranjeras. Toda persona que realice cualquier contrato o forme parte de cualquier agrupación o acuerdo de los tipos referidos será considerada culpable de un delito, y si es convicta de él, será castigada con multa que no exceda de cinco mil dólares (actualmente cincuenta mil) o con prisión de no más de un año, o con ambas penas, a discreción del tribunal.

Sección 4a. Los tribunales de circunscripción de los Estados Unidos son competentes para impedir y reprimir las infracciones de esta ley. Los fiscales de distrito de los Estados Unidos, cada uno en su respectivo distrito y bajo la dirección del fiscal general, están obligados a entablar actuaciones basadas en la equidad para impedir y reprimir tales infracciones. Tales actuaciones pueden llevarse por vía de petición, exponiendo el caso y suplicando que tal infracción sea prohibida.

Cuando sea notificada debidamente a las partes demandadas la pretensión de la otra parte, el tribunal procederá, tan pronto como le sea posible, a la vista del caso y dictará sentencia sobre el mismo; durante todo el tiempo en que la pretensión esté pendiente, el tribunal podrá dictar un auto prohibiendo la práctica o pacto controvertido si ello se considera pertinente y justo.

Sección 5a. Siempre que el tribunal ante el cual se desarrolle un proceso de los especificados en la sección 4a. de esta Ley considere que para los fines de la justicia se requiere la presencia de otras partes ante el tribunal, podrá citarlas tanto si residen como si no residen en la circunscripción del tribunal; para el cumplimiento de ello, los alguaciles de los distritos podrán imponer las subpenas correspondientes.

Sección 6a. Cualquier propiedad que sea poseída en virtud de algún contrato, agrupación o acuerdo de los mencionados en la sección 1a. de esta Ley que esté en curso de transporte de un estado a otro o a un país extranjero, será confiscada por los Estados Unidos y su propietario podrá ser detenido y condenado por procedimiento análogo a lo establecido en la Ley de Confiscación, Comiso y Condena de Propiedad Ilegalmente Importada en los Estados Unidos.

Sección 7a. Cualquier persona que se vea perjudicada en su negocio o propiedades por la actuación de cualquier otra persona o corporación a través de algunos de los medios prohibidos o declarados ilegales en esta Ley, podrá interponer una demanda ante el tribunal de la

circunscripción en la cual se encuentra el acusado, sin tener en cuenta la suma a que asciende el litigio; solventado éste, recuperará la cantidad en que se haya visto perjudicada, así como las costas del proceso que han de incluir unos derechos razonables para el fiscal.

Sección 8a. Siempre que en esta Ley se empleen las palabras persona o personas debe entenderse que se hace referencia a las compañías y asociaciones autorizadas por las leyes federales de los Estados Unidos o de cualquiera de sus territorios o estados o por las leyes de un país extranjero.

8. Durante veinticinco años, aunque no con igual intensidad, se recurrió a la Sherman Act para resolver los problemas de violación a la libre competencia y demás prácticas colusivas o monopólicas.

La Sherman Act contiene dos disposiciones sustantivas.

a) Establece sanciones penales toda vez que se realice un contrato, combinación del tipo del *trust* u otra, o a toda conspiración para restringir la industria o el comercio entre los diferentes estados, o con naciones extranjeras.

b) Condena la monopolización y los intentos o conspiraciones para monopolizar cualquier parte de la industria o el comercio.

De manera que la cuestión fundamental que abarca el tema de la prohibición se refiere a la colusión entre competidores para restringir la competencia entre ellos mismos. Los acuerdos en este sentido pueden ser de los llamados acuerdos horizontales o verticales; los primeros pueden realizarse entre compradores o vendedores, cuando compran o venden la misma clase de mercancía o de servicios, en recíproca competencia; los verticales obedecen ya a las llamadas prácticas monopólicas, y se llevan a cabo entre vendedores y compradores, por ejemplo, cuando un vendedor vende o alquila sus mercancías patentadas, bajo condición de que los compradores o arrendatarios adquieran sólo de él (y no de sus competidores) otros artículos que no estén protegidos por patentes y para los cuales existen otros proveedores. Otra forma de acuerdo vertical puede darse entre un fabricante y un comerciante con los llamados acuerdos de comercio exclusivo, en los cuales el comprador a cambio de ser suministrado por el vendedor, se compromete a no comprar o vender los productos de los competidores del vendedor. Esta segunda forma de colusión será analizada posteriormente.

9. La prohibición de los acuerdos verticales referida a la colusión entre competidores para restringir la competencia entre ellos mismos, se encuentra principalmente expuesta en la sección primera de la Sherman Act. Ésta, es una prohibición difusa, tanto como la de los mencionados acuerdos horizontales, porque está referida al comercio interestatal, y en todo caso suele aplicarse a empresas o individuos que operan en alguna industria o mercado que afecte al co-

mercio interestatal. Debe considerarse que antes de la sanción de la Ley no había excepciones a esta regla, que como observamos en el desarrollo anterior, surgen posteriormente en otras leyes.

Esta prohibición de la Sherman Act se encuentra reforzada por la sección quinta de la Federal Trade Commission Act, en cuanto refiere que se declaran ilegales los métodos desleales de competencia. La prohibición está destinada a todas aquellas prácticas que afecten a la determinación de precios y producciones, ya sea manteniendo o fijando aquéllos, o limitando la capacidad productiva o dividiendo las participaciones en el mercado, etcétera.

10. En la práctica, los tribunales no han distinguido entre acuerdos colusivos que pudieran resultar razonables de otros que no lo fueran, simplemente un acuerdo para restringir la competencia, es considerado irrazonable e ilegal. De hecho aunque se compruebe la incapacidad de los contratantes para suprimir la competencia en el mercado, si han tenido el propósito de limitar la competencia han violado la ley.

Es evidente que de lo que acabamos de expresar se desprende la existencia de sanciones fundamentadas solamente en la acción, con independencia del resultado que puede o no producirse en el mercado, por lo que no es necesario un perjuicio real al bien jurídico, que en el supuesto que antecede puede no llegar a lesionarse.

La dificultad mayor que se presenta en los tribunales es la de distinguir entre acuerdos legales e ilegales, lo que debe deducirse de un conjunto de pruebas de difícil obtención, ya que frecuentemente no se trata de contratos formales. En este sentido los tribunales tienen una amplia tarea de consideración que permite que puedan distinguir entre las prácticas colusivas razonables y las que no lo son. Ante la existencia de pruebas insuficientes, las prácticas operadas son consideradas legales.

Como se ha dicho con anterioridad este es un problema complejo que ha debido abordar la legislación norteamericana, precisamente porque las posiciones divergentes se han manifestado en lo que se llamó la *per se condemnation theory* y la *rule of reason*. Las disposiciones establecidas en la Sherman Act se adaptan en su gran mayoría a la primera teoría, así es que constatada la existencia de un determinado acuerdo tendente a restringir la competencia, la sanción legal debe recaer sobre tal práctica en forma inexorable, sin considerar si concurren o no circunstancias que lo hacen "razonable" (*rule of reason*).

Debemos considerar que las reglas protectoras de la libre competencia en la legislación que analizamos, son más efectivas en las legislaciones que siguen el criterio de la prohibición, es decir, que sancionan la restricción incluso antes de que el hecho se produzca,

atacando su fuente. El principio o criterio del abuso determina que se aplicará la sanción si se constata que la práctica colusoria resulta nociva o perjudicial. La posición que pudiera desprenderse de la aplicación de uno u otro criterio, en la legislación norteamericana, no ha sido clara aunque fundamentalmente se inserta en el sistema de la prohibición.

11. Las formas de prevención contra la colusión ilegal se refieren a la imposición de multas y a la emisión de mandamientos requiriendo a las partes para que cesen en las actividades ilegales. Aunque en la práctica sólo se han impuesto sanciones de multa que prevé la Ley en cincuenta mil dólares para cada una de las firmas o individuos culpables, la Ley también consagra un año de privación de libertad como pena alternativa o acumulable.

Además de estas sanciones penales de dudosa eficacia preventiva, podrán iniciarse acciones civiles con el objeto de que mediante la emisión de mandamientos se prohíba a los autores que continúen con sus actividades ilegales.

Es frecuente que se inicien simultáneamente la acción civil y la acción penal, la primera prohibiendo la continuación de las prácticas colusorias, y la segunda imponiendo una multa; pero la Sherman Act faculta al procurador general para solicitar e imponer órdenes correctivas, a través de acciones civiles, lo que se traduce en que la verdadera sanción penal surgirá como consecuencia del incumplimiento de la sanción civil que originaría generalmente alteraciones específicas en las normas de conducta de mercado consideradas ilegales. En estos casos las penalidades impuestas resultan mucho más graves por haber actuado en detrimento de la orden recibida.

12. La aplicación de las leyes que hemos mencionado se proyecta preferentemente por sanciones de tipo civil o administrativo que tienen por objeto imponer la cesación de la actividad colusiva.

La ley abarca también el campo constitucional que es destinado a la regulación del comercio y establece, en ese sentido, reglas de comportamiento comercial. Las reglas procesales van mucho más allá de las que posee el derecho consuetudinario. El gobierno federal tiene facultades para aplicar la ley en procedimientos criminales y, lo que es más importante, mediante juicios de equidad. Los individuos que resultaran afectados en sus personas o en sus bienes por violaciones a la ley, podrán demandar y cobrar un valor tres veces mayor al de los daños y perjuicios reales, incluyendo además el valor de los honorarios razonables de su abogado.

Existe otra posibilidad de aplicación de la ley para los casos de difamación o de condena de una propiedad, poseída en virtud de un contrato u otro acuerdo que violase dicha ley. A diferencia del derecho europeo, la legislación *antitrust* norteamericana no se aplica

a las empresas, sino que se refiere a personas, y en todo caso en forma por demás ambigua, porque en la sección primera no hace referencia a sujetos, sino solamente a la acción utilizando términos como “Contrato-combinación y conspiración”; en la segunda parte de la misma sección habla de personas.

13. Dijimos que la Sherman Act contiene sólo dos disposiciones sustantivas. En primer término contempla los actos hasta aquí analizados, pues condena como criminal todo contrato, combinación del tipo del *trust* u otra, o toda conspiración para restringir la industria o el comercio entre los diferentes Estados, o con naciones extranjeras.

En segundo término condena, de igual manera, la monopolización o los intentos o conspiraciones para monopolizar cualquier parte de la industria o el comercio. De esta manera, la sección segunda de la Sherman Act, con este contenido, fija el único precepto en toda la normativa *antitrust* norteamericana, que se refiere al tema de las prácticas restrictivas de la competencia denominadas monopolísticas.

Es difícil abordar el análisis de la prohibición, en tanto que el monopolio es en esencia un concepto estructural, relativo a una situación de mercado y no a las conductas perjudiciales o lesivas que den lugar a la configuración de la situación regulada. La sola magnitud empresarial no es sancionada. La interpretación de la ley implica entonces distinguir cuál es la conducta prohibida.

La “monopolización”, término utilizado expresamente por la ley, es la creación y el mantenimiento de un control predominante del mercado por parte de una o varias firmas que actúen concertadamente, de forma que impliquen la eliminación, exclusión o control supresivo de los competidores. Así entendida la monopolización, sería una forma de acción para lograr una posición de mercado monopolista.

El monopolio (existencia del control dominante del mercado por una o varias firmas que actúen en concierto) es un concepto económico que no se encuentra expresamente contemplado en forma prohibida en la ley. La conducta prohibida como monopolización debería entenderse como con la establecida en su sección primera, es decir, como una forma colusiva que tendría por objeto alterar la competencia en el mercado con propósitos y efectos exclusivistas.

De todas maneras, aunque hayamos dicho que el monopolio es un concepto estructural utilizado en el análisis económico del mercado, es evidente que la Ley Sherman contiene en su sección segunda sanciones para la persona que monopolice o intente monopolizar, al decir que “será considerada culpable de un delito, y si es declarada convicta de él, será castigada con multa que no exceda de

cincuenta mil dólares, o con prisión de no más de un año, o con las dos penas citadas, a discreción del tribunal”.

Así, tanto el monopolio como la monopolización se hallan prohibidos por la ley. Existe un monopolio ilegal que es al que ya se ha hecho referencia: el vertical; y podríamos mencionar aún otra forma de acuerdo horizontal o conspiraciones entre varias firmas de la misma industria para emprender acciones o proseguir políticas cuyo objetivo sea eliminar o excluir a firmas competidoras.

Sin duda los primeros acuerdos horizontales que prohíbe la sección primera de la Sherman Act, aunque no conlleva ese propósito, pueden llegar a excluir a la competencia y a monopolizar el mercado; pero distinguimos la intención diferente de las partes en uno y otro supuesto.

Una consideración especial merece el hecho de que realizado el tipo de la sección primera o segunda de la Sherman Act, la magnitud de la sanción a aplicar por el Tribunal es la misma.

Podemos también considerar un “monopolio conjunto” cuando se reúnan varias firmas con la intención de ocupar el mercado y excluir a las otras firmas existentes. También puede tratarse de combinaciones o fusiones de las firmas competidoras para establecer la dominación en el mercado de una sola firma.

16. La jurisprudencia norteamericana presenta interesantes ejemplos de aplicación de la reglamentación *antitrust*.⁶ En el ámbito de las concentraciones horizontales pueden mencionarse la sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*, en la que el Tribunal recogió la doctrina expresada por la sección séptima de la Clayton Act sobre las concentraciones; y también *United States v. Aluminium Co. of America*.

Asimismo el caso *Brown Shoe* referido a concentraciones verticales, toda vez que el supuesto de hecho contempla la adquisición por *Brown Shoe*, fabricante, detallista de zapatos, de otra empresa con idénticas actividades, con lo cual la concentración presenta el doble aspecto de ser horizontal y vertical. En igual sentido se pronuncia la sentencia en *United States v. Ford Motor Co.*

Las concentraciones “conglomeradas” son aquellas en las que las empresas que se concentran pertenecen a ramos distintos del proceso productivo. La jurisprudencia más importante en este ámbito data de 1967, la cual se refiere a un fallo por el Tribunal Supremo Federal en el caso *F. T. C. v. Procter and Gamble Co.*

17. Con referencia a la Sherman Act, la acción prohibida en la sección primera consiste en un acuerdo, contrato o agrupación de

⁶ Algunas de las sentencias *antitrust* más notables de la jurisprudencia norteamericana pueden verse en Hunter, *Monopolios y competencia*, Madrid, 1974, pp. 211 y ss.

empresas (bajo la forma de *trust* o cualquier otra forma). El mismo precepto contiene un elemento subjetivo del tipo: “que tienda a restringir la competencia en la industria o en el comercio...”

Existe en la forma que analizamos una presunción de culpabilidad, es decir, la realización de la acción prohibida no es todavía delito pues se requiere el elemento subjetivo; pero la realización del tipo objetivo hace presumir que existe la finalidad requerida. La exigencia del doble juicio causal hipotético obligaría, si no se quiere neutralizar la aplicabilidad de esta norma, a considerar este delito como de peligro abstracto, lo que en principio no es técnicamente recomendable cuando se trata de una incriminación cuyo centro de gravedad está en el propósito que anima la actuación del autor (“que tienda a restringir la competencia”). Aquí, por lo tanto, no se incrimina la peligrosidad.

Ciertamente que no habría objeciones para la confección de un tipo de peligro abstracto en esta materia; pero técnicamente, si el legislador ha adoptado por tal solución, hubiera debido, siendo coherente, no condicionar la punibilidad a un elemento subjetivo que va más allá del dolo, porque esa finalidad específica del autor no altera la peligrosidad abstracta del comportamiento.

18. La sección segunda determina tres acciones prohibidas: *a*) monopolizar; *b*) tentativa de monopolizar, y *c*) acuerdo para monopolizar. En este último supuesto se están incriminando actos preparatorios.

La sanción es igual para las tres hipótesis descritas. En esta sección cuando la ley dice “culpable” debe entenderse “autor”.

19. En la sección tercera, la acción prohibida consiste en constituir una “agrupación” (bajo la forma de *trust* o cualquiera otra forma), o “acuerdo” cuya finalidad sea restringir la competencia. En el segundo párrafo se suprime la presunción y se declara “culpable” (autora) a la persona que: *a*) realice cualquier contrato; *b*) forme parte de cualquier agrupación o acuerdo de los tipos referidos.

La presunción es aquí innecesaria, porque lo incriminado son contratos, acuerdos o agrupaciones “cuya finalidad” sea restringir la competencia.

Se puede pensar en una de estas dos posibilidades: *a*) el legislador ha confeccionado un tipo de peligro abstracto, o *b*) estamos ante un tipo de lesión. Para esta segunda hipótesis deberíamos señalar la objeción que merece incriminar actos preparatorios como, por ejemplo, contratar o tomar parte en la agrupación o acuerdo, por lo que la solución más correcta sería considerar también esta incriminación como un tipo de peligro.

20. La sección cuarta establece que el fiscal de distrito puede solicitar al órgano jurisdiccional que un acto sea prohibido. Esta prác-

tica soluciona el problema sin necesidad de aplicar sanciones, pues a partir de la decisión judicial desaparecerán las defensas posibles del infractor.

21. La sección quinta establece formas de procedimientos para efectos probatorios, y la sección sexta la pena de confiscación. La sección séptima prevé que los damnificados, o sea, cualquier persona que se vea perjudicada en su negocio o propiedad, podrá ser titular de la acción.

La sección octava prevé la autoría de las personas morales, disposición que será fuente de normas similares en las legislaciones latinoamericanas de represión del monopolio.

III. LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA EN EUROPA

El tratamiento de las legislaciones europeas, con referencia a la política de protección a la libre competencia, está fundamentalmente determinada por las disposiciones político-económicas que se llevan a cabo como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Antes de los dos grandes conflictos bélicos, y aun entre fines del siglo XVIII y principios del XIX, las disposiciones en esta materia eran sumamente escasas y en todo caso estaban contenidas en los códigos penales, como es el caso de España y Francia por ejemplo.⁷

Las legislaciones europeas han tratado de proteger la competencia en virtud del respeto al sistema de la economía de mercado, alterado como consecuencia de la guerra. En 1947, Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña promulgaron leyes descartelizadoras, que fueron aplicadas en los territorios que pasaron a ocupar y que tenían por objeto prohibir la concentración excesiva del poder económico alemán. Estas leyes, como expresiones del derecho interno alemán, continuaron vigentes en la República Federal Alemana aun después de finalizada la ocupación.⁸

⁷ Sobre el desarrollo del derecho económico en Europa véase Farjat, "Enseñanzas de medio siglo de derecho económico" (*Estudios de Derecho Económico*, vol. II), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, p. 19; Tiedemann, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; Jescheck, "El derecho penal económico alemán", en *Cuadernos de los Institutos*, núm. 74, Universidad Nacional de Córdoba, p. 74; Aftalion, "El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 2, t. XXV, mayo-agosto de 1966, P. 80; "Planeamiento económico y derecho penal", en *La Ley*, Buenos Aires, 26 de octubre de 1967, pp. 4; Galán Corona, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; Righi, *Derecho penal económico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, 1977, pp. 89 y ss.; De la Rúa, "Los delitos económicos", en *Doctrina Penal*, años 3, núm. 9, pp. 40 y ss.; Bajo Fernández, *Derecho penal económico*, Aplicado a la actividad empresarial, Madrid, 1978, pp. 53 y ss. Sobre la investigación existente véase Tiedemann, "Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos", en *Doctrina Penal*, año 1, núm. 10, julio-diciembre, 1977, pp. 145 y ss.

⁸ Es preciso tener en cuenta la afirmación del texto como indicativa de que las normas de derecho penal económico si bien surgieron en ocasión de conflictos bélicos y especialmente durante la Segunda Guerra Mundial, no deben ser consideradas como propias de un derecho de guerra, pues su vigencia subsiste hasta nuestros días.

Es considerable la preocupación de los Estados Unidos por eliminar las prácticas restrictivas en los intercambios económicos internacionales y las cláusulas concretas que en el mismo sentido pudieran estar en las convenciones y tratados internacionales. Por iniciativa de los Estados Unidos se realiza la conferencia de La Habana en 1947-1948. El capítulo quinto de la carta de La Habana, en su artículo 46, regula aspectos relativos a la libre competencia en el ámbito internacional; esta carta no llegó a entrar en vigencia, aunque sirvió como antecedente de futuros acuerdos.

El pensamiento de la escuela de Friburgo, a la que se le reconocen figuras como Erhard, Einaudi y Rueff, ha influido notablemente en la política europea de posguerra. Las ideas neoliberales de estos economistas se expresan sosteniendo que la libertad es totalmente incompatible con la intervención estatal en la economía; no obstante ello, es conveniente una vigilancia con el objeto de que se mantengan las condiciones que permitan que el mercado se desenvuelva ejercitando una competencia eficaz.

El 18 de abril de 1951 se firmó el Tratado de París, creador de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El 25 de marzo de 1957 se firmó el Tratado de Roma por el que a su vez se crea la Comunidad Económica Europea. El 8 de abril de 1965 se firma en Bruselas el Tratado de fusión de estas comunidades y se unifican los órganos de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, de la Comunidad Económica Europea y también de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en un consejo y una comisión que funcionan para las tres comunidades.

1. *Tratado de París*

Los objetivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero están determinados en el artículo 2 del Tratado de París refiriéndose a la expansión económica, desarrollo del empleo y elevación del nivel de vida en los Estados miembros; objetivos que podrán llevarse a cabo mediante el establecimiento de un mercado común.⁹

El artículo 65 del mismo Pacto establece la prohibición de las restricciones a la competencia surgidas de la colusión, en forma similar al tratamiento que se hace en el artículo 85 del Tratado de Roma. El mismo precepto dispone excepciones que deberán ser valoradas por la autoridad competente para el supuesto de que tengan como consecuencia efectos benéficos. Se refiere el Tratado a acuerdos de especialización o de compra y venta en común.

El artículo 66 del Convenio citado dispone el control de las concentraciones; en este sentido, la autoridad competente deberá auto-

⁹ Cfr. Galán Corona, *op. cit.*, p. 97.

rizar las concentraciones convenientes en el ramo del carbón y del acero. En el mismo artículo se legisla sobre la posición dominante que pudieran ocupar las empresas en este sector, teniendo facultad la autoridad competente para dirigir recomendaciones a las empresas que utilicen esta posición contrariando los fines del Tratado; asimismo, se contempla expresamente la posibilidad de que se fijen los precios y las condiciones de venta que debe aplicar la empresa que hubiera adoptado dicha posición y, en su caso, determinar los programas de fabricación o de entrega a que deberá ajustarse. La autoridad competente en todos estos casos es la comisión de las comunidades; antes de la fusión, lo era la alta autoridad.

2. *Tratado de Roma*

El 25 de marzo de 1957 se firmó el Tratado de Roma que creó la Comunidad Económica Europea. El objetivo de este Tratado era consolidar lazos, en el orden económico internacional, que constituyeran un auténtico mercado común entre los países miembros. Las normas que se establecen tienen como finalidad respetar y mantener la libre competencia preservándola de posibles ataques de orden estatal o empresarial.¹⁰

Esta defensa se realiza, respecto de las empresas, mediante dos prohibiciones fundamentales: la de las prácticas colusorias y la del abuso de la posición dominante de mercado.

En principio se prohíben: “los acuerdos entre empresas; todas las decisiones de las asociaciones de empresas, y todas las prácticas concertadas que puedan perjudicar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto impedir o falsear la competencia dentro del mercado común”.

Se prevé, asimismo, la posibilidad de excluir determinados acuerdos y decisiones, individuales o en bloque, en la medida en que sus efectos sean beneficiosos; estas excepciones pueden ser consideradas *a priori*, es decir, mediante una autorización que el órgano competente podrá otorgar previamente.

El artículo 85 del Convenio prohíbe la mera colusión sin que sea requisito que se produzca un resultado perjudicial.

El tratado no define qué se entiende por posición dominante; queda prohibido el abuso por el artículo 86, poniéndose de manifiesto un sistema de control legal de las concentraciones, que se ha visto reforzado por fallos judiciales, como por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades, de 21 de febrero de 1973. A pesar de que se revocó la decisión de la Comisión de 9 de di-

¹⁰ *Ibidem*, p. 98.

ciembre de 1971, por la que se consideraba abuso de posición dominante en el mercado la adquisición por la Continental Can Company — a través de su filial europea Europemballage —, de participaciones en empresas europeas del sector, fortaleciendo su posición de dominio, el Tribunal estableció la doctrina de que en determinadas circunstancias una concentración puede ser sancionada con base en el artículo 86 del Tratado de Roma.

3. Francia

En el año 1971, por la Ley Le Chapelier, se suprimen en Francia las corporaciones, pudiendo considerarse este antecedente como la primera manifestación del Estado en favor de la libre competencia.¹¹

El Código Penal, en su artículo 419, reprime la especulación ilícita y la acción sobre el mercado que no respete el libre juego de la oferta y la demanda.

Algunos autores ponen de manifiesto el carácter administrativo de la regulación francesa protectora de la libre competencia. Se hace mención, en este sentido, de la ordenanza del 30 de junio de 1945 (referente a los precios), modificada por el decreto de 9 de agosto de 1953.

Por Ley del 2 de julio de 1963 se prohibieron los abusos de posición dominante en el mercado. En 1967 se modificó la ordenanza de 1945 en lo atinente a sus artículos 59 bis y 59 ter.

Podríamos considerar que actualmente en Francia la legislación antimonopólica tiene como base el decreto de agosto de 1953 con sus posteriores modificaciones.¹²

En la regulación que analizamos pueden distinguirse las llamadas “ententes” como prácticas colusorias y el abuso de la posición dominante en el mercado. Se prohíbe, por ejemplo: la negativa de venta en momentos en que la demanda del comprador es normal; discriminaciones comerciales injustificadas; subordinación de la venta a la compra de otro producto o de una cantidad mínima; precios mínimos impuestos incluso para los productos de marca, salvo excepciones otorgadas por el Ministerio a petición de los interesados. El control en esta materia es regulado por una unidad administrativa, que es la Dirección General de Comercio Interior y Precios.

Las “ententes” son acuerdos en sentido amplio, comprendiendo los compromisos formales, verbales y también los tácitos que tengan por objeto o puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear la

¹¹ Cfr. Tiedemann, *op. cit.* en 5, p. 66.

¹² La Ley sobre Control de la Concentración Económica, Represión de Acuerdos Ilícitos y de Abuso de Posiciones Dominantes vigente en Francia, lleva el núm. 77-806 y fue sancionada el 19 de julio de 1977. (D. y B.L.D., 1977, 327.)

competencia. Excepcionalmente no se aplicará la prohibición respecto de los referidos acuerdos cuando ello dé lugar a consecuencias beneficiosas, tales como el fomento del progreso económico mediante el aumento de la productividad.

Cuando, aunque sea en forma potencial, se altere la competencia en el mercado, los acuerdos son nulos.

La ley prohíbe también las actividades de una o varias empresas que ocupen una posición dominante, cuando tengan por objeto o puedan tener el efecto de poner trabas al funcionamiento normal del mercado.

También se establecen las excepciones posibles, que serán consideradas por un organismo al efecto (Comisión Técnica de Ententes), la cual hará un balance económico con el objeto de considerar los efectos benéficos y nocivos de las ententes, para poder proceder, en consecuencia, a su prohibición o aceptación.

4. *Gran Bretaña*

La normativa británica en defensa de la libre competencia no puede considerarse incluida entre las legislaciones que siguen el criterio del abuso; tampoco ha adoptado el criterio estricto de la prohibición. En cambio podría aceptarse que establece restricciones a las prácticas colusorias, en principio, pero se admiten algunas excepciones, sobre todo en cuanto a los monopolios y concentraciones, teniendo en cuenta la lesión del interés general.¹⁵

El derecho consuetudinario británico tiene tradición en la lucha contra los monopolios y las prácticas colusorias. Así es como prácticas restrictivas de la competencia (consistentes en acuerdos para no competir, incluidos los contratos formales o verbales), que operaron ya desde antes del medievo, fueron declarados ilegales por primera vez en 1415 por atentar contra el *common law*.

Además de las restricciones a la competencia de forma espontánea, hubieron otras que se crearon sobre la base de las concesiones de patentes, hechas por la Corona británica en el sector de comercio exterior. Esto ocurrió ya desde el siglo XIII en que a algunos comerciantes que se organizaban en *guildas*, se les otorgaban "patentes" que les conferían privilegios especiales en sus actividades de importación y exportación.

Posteriormente, existieron compañías, en el siglo XVI, que llegaron a obtener el monopolio de fabricación e importación de una gran cantidad de mercancías.

¹⁵ Cfr. Tamames, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

En realidad estos monopolios existían en función de la necesidad de fomentar el desarrollo del comercio en determinadas zonas. Pero esta forma de adjudicar patentes asignó tantos y tan desproporcionados privilegios que fueron considerados usurpaciones de los poderes del Estado, ya que en algunos casos hasta incluía la facultad de registrar los locales e incluso los domicilios particulares de los competidores para confiscar los bienes encontrados de contrabando.

En 1601 Isabel I decretó que todas las patentes concedidas por la Corona debían sujetarse a las disposiciones del *common law*. En 1623 fue promulgado el Estatuto de Monopolios que prohibía a los soberanos ingleses la concesión de nuevos privilegios monopolísticos, los que sólo se otorgaron, en adelante, con la previa autorización del Parlamento y para actividades estimadas necesarias desde el punto de vista económico y geográfico. Sin embargo, durante 1813 y 1814 se consideran definitivamente suprimidos los privilegios que originariamente se obtuvieron por medio de las *guildas* y otras compañías de comerciantes. Es entonces cuando puede hablarse de libre competencia en el mercado británico.

No puede considerarse aquí la existencia de un movimiento de fusiones como en los Estados Unidos; no hubo una posición general de tipo monopolista ni en los ferrocarriles, la banca, el acero, el carbón, la industria textil, astillera, ingeniería, etcétera.

Cuando aparece una de estas fusiones como la “Imperial Tobacco Company”, parece haber sido creada justamente en forma defensiva, como respuesta a la violenta intromisión dentro del mercado británico de la American Tobacco Company.

Los monopolios que surgieron posteriormente funcionaban en industrias nuevas, como por ejemplo la industria química.

Es importante destacar que la cooperación industrial como la fijación local de precios, era bastante frecuente en la economía británica, en parte debido a la persistencia de hábitos diferentes a las costumbres del siglo xviii y anteriores.

La industria británica, que se originó inicialmente ya como organización cooperativa, estaba mayormente expuesta a la competencia internacional y muy poco defendida por tarifas arancelarias.

Con el advenimiento de la Primera Guerra Mundial, Gran Bretaña impulsó la formación de coaliciones industriales con el objeto de hacer más eficiente la movilización económica. De esta manera y durante este proceso se llevaron a cabo tal número de acuerdos restrictivos que tuvo lugar una investigación. De estos modos, en opinión de algunos observadores, estas formas de concentración británica fueron la única opción para hacer frente a la centralización de la economía que se operaba en otros países y sobre todo en Alemania.

Con motivo de la Segunda Guerra Mundial, Gran Bretaña debió multiplicar el esfuerzo realizado en la primera, concentrando la producción y la distribución al máximo. El gobierno desplegó una gran actividad intervencionista en la industria, la cual facilitó la política de nacionalizaciones llevada a cabo posteriormente al cese de las hostilidades: en 1946 fueron nacionalizadas la producción del carbón, el Banco de Inglaterra y la aviación civil; en 1947, los transportes terrestres y la electricidad; en 1950, la industria siderúrgica. Uno de los propósitos de las nacionalizaciones fue sustituir los monopolios privados por los públicos. Inclusive durante este periodo, en 1948, se promulgó una Ley de Investigación y Control de los Monopolios como primera medida de lo que debería ser una completa legislación tendente a combatirlos. Este intento legislativo se vio frustrado en la práctica debido al cambio de política interna operado en ese país al asumir el poder el partido conservador. De modo que la Ley de Monopolios que se publicó en 1956 era ley benigna, tolerante, que admitía numerosas excepciones, y en definitiva no controlaba la concentración del poder económico.

Comienzan por esta época a sancionarse el mayor número de leyes que se ocuparon de las restricciones de la competencia; en 1948, la Monopolies and Restrictive Practices Act, a que hemos hecho referencia, que se ocupa de la investigación y control de los monopolios; en 1953, la Monopolies and Restrictive Practices Commission Act, que fue la creadora de la comisión encargada de informar sobre los resultados obtenidos como consecuencia de las investigaciones realizadas; en 1956, la Restrictive Trade Practices Act, modificada en 1968; en 1964, la Resale Prices Act; en 1965, la Monopolies and Mergers Act, y en 1973 el Fair Trading Bill que se ocupa del contenido de las reformas de las Leyes de 1948 y 1965, y que opera como una ampliación de la Restrictive Trade Practices Act, de 1956, reformada en 1968.

El ordenamiento básico en el sistema británico lo constituye la ley de 1956, modificada en 1968. Su objetivo consiste en regular el registro y la investigación judicial de los acuerdos restrictivos de la competencia para prohibir los que resulten contrarios al interés público. La ley está compuesta de treinta y ocho artículos.

La primera parte de la ley regula lo concerniente a autoridades tutelares de la competencia, el director del Registro y el Tribunal de Prácticas Restrictivas, normas de inscripción de los acuerdos restrictivos en el Registro, procedimiento registral y examen judicial de los convenios registrados. La segunda parte de la ley prohíbe la imposición de condiciones a los comerciantes minoristas

Existe un principio general de exclusión, y excepciones al mismo. Deben ser inscritos en el Registro todos los convenios por los que

dos o más partes se ponen de acuerdo para establecer restricciones a la competencia. Todas las prácticas restrictivas contempladas son limitaciones en el sentido de que cualquier persona fije libremente el precio, las condiciones de venta o compra, las calidades o cantidades de los productos vendidos o comprados, la aplicación de un determinado proceso, o las personas y zonas del mercado con las que se pueden negociar.

La ley prevé exclusiones al principio de la inscripción, como por ejemplo los convenios en los cuales sean parte los productores de hierro y acero siempre que sus cláusulas hayan sido aprobadas por el Consejo del Hierro y el Acero y por el Ministerio de Comercio; también quedan excluidos, entre otros, los convenios relacionados con el comercio y los mercados exteriores cuya finalidad sea fomentar la exportación, la reexportación y demás actividades industriales y comerciales de los nacionales británicos en el exterior. Todo acuerdo o convenio restrictivo no excluido expresamente por la ley debe inscribirse en el Registro de acuerdos restrictivos, teniendo un trato reservado algunos, que por su conveniencia se inscribirán en una sección especial (de carácter secreto). De lo contrario el acceso al registro es público.

Es el Tribunal de Prácticas Restrictivas el que a instancia de parte puede resolver si un acuerdo o convenio inscrito en el Registro es o no contrario al interés público. La demanda puede interponerla el director del Registro o cualquier persona que se considere perjudicada por el acuerdo. También en un caso concreto, puede declarar nulas las restricciones del convenio si considera que atentan contra el interés público. El director del Registro, que es el encargado de ejecutar la resolución, está obligado a impedir la ejecución de las cláusulas en cuestión y las que en ese mismo sentido pudieran inscribirse en el futuro. La sanción consiste en la nulidad de la inscripción. Existe un recurso para las cuestiones de derecho, no de hecho, ante el Tribunal de Apelación correspondiente.

La segunda parte de la ley trata del supuesto en que coactivamente se traten de imponer condiciones en la venta de mercaderías a los comerciantes minoristas; en este caso la responsabilidad es de carácter solamente civil.

La ley no prevé sanciones de carácter penal, ni aun en los supuestos en que se descubran acuerdos no declarados que restrinjan la competencia y atenten contra el interés general. El director del Registro tiene facultades para investigar la existencia de acuerdos no declarados, sancionando la ley con la nulidad. La no inscripción de acuerdos o de sus modificaciones no representan un delito. El funcionario citado solamente podrá entablar una acción de nulidad ante el Tribunal de Prácticas Restrictivas. Asimismo se prevé que los

damnificados por la aplicación de convenios anulables puedan interponer acciones por daños y perjuicios.

5. *República Federal Alemana*

La legislación alemana en esta materia presenta una característica que la distingue, en forma fundamental, del resto, precisamente por el impulso estatal que se brindó a los monopolios. Los contratos o acuerdos restrictivos de la competencia no estuvieron prohibidos por ley hasta el año 1947, salvo el caso de que atentaran contra las buenas costumbres.¹⁴

Alemania fue llamada el país de los “cárteles”, expresión que en rigor utilizó la ley para referirse a los acuerdos horizontales. El movimiento de “cárteles” que se inició al finalizar el siglo XIX contó con el apoyo del poder político, al punto de que estas actividades fueron consideradas lícitas tanto por la doctrina como por los tribunales.

En 1923 fue promulgada la primera legislación referente a la protección de la libre competencia con el objeto de mitigar en parte los efectos que producía la concentración en la economía; en este sentido el parágrafo cuatro de la ley dispuso que el ministro de economía tenía facultades frente a los “cárteles” cuando éstos lesionaran el conjunto de la economía y el bienestar general; asimismo, el parágrafo primero se refiere a los contratos y decisiones que influyan sobre la ordenación de las rentas o de la producción, sobre las condiciones de contratación, el modo de fijación de precios o la exigencia de los mismos. A estos contratos y decisiones se les llamó “cárteles”, reuniendo bajo este nombre a empresarios independientes o asociaciones de éstos, cuyas decisiones se asemejan al contrato de sociedad.

Al terminar la Segunda Guerra Mundial las potencias aliadas tuvieron como objetivo contrarrestar el sistema de cartelización de la industria alemana, que había sido el principal sustento económico del régimen nacional socialista. En este sentido, los aliados sancionaron sus propias leyes protectoras. Los Estados Unidos dictaron la Ley Número 56 donde se establecía la: “prohibición de la concentración excesiva del poder económico alemán”. En esta ley se distingue: a) la prohibición de las empresas, asociaciones y prácticas con fines monopolísticos o restrictivos de la competencia y b) los medios para hacer observar las prohibiciones expresadas. Como consecuencia de este segundo apartado se creó un organismo llamado el Grupo de Descartelización y Desconcentración Industrial

¹⁴ Cfr. Tiedemann, *op. cit.*, en 5, p. 65; Galán Corona, *op. cit.*, pp. 88 y ss. Tamames, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

(DIDEG) que tenía poderes muy amplios como el de exigir, recoger y compilar toda clase de información en relación con la propiedad, productos, dirección, control, organización, conexiones y conducta de las empresas. A este organismo le tocó combatir los principales "cárteles", y también ordenar el procedimiento y las sanciones establecidas en la ley, que consistían en multa de hasta 200,000 R. M. y prisión de no más de diez años, o ambas penas a la vez.

Gran Bretaña dictó la Ordenanza Número 78 con el mismo objetivo y casi igual contenido y forma que la Ley Número 56 norteamericana. También Francia estableció amplias facultades legislativas en el orden económico para la zona de su ocupación a favor del comandante en jefe francés. Se prohibió toda concentración ilimitada del poder económico alemán y se sancionó el incumplimiento con multa de hasta un millón de R. M. y con la pena de confiscación total o parcial de las empresas. Éste fue el objetivo de las Ordenanzas francesas Números 95 y 96.

Tal vez la acción más afectiva de la legislación descartelizadora de los aliados en Alemania se produjo durante los tres primeros años de su existencia y con incidencia principalmente en las industrias química, cinematográfica, del carbón y del acero; pero motivos políticos hicieron que Alemania tuviera que oponerse a la acción comunista, y de este modo las leyes descartelizadoras dejaron de ser aplicadas y floreció una nueva etapa de concentración en la economía alemana.

En 1948 se constituyó un comité de expertos para estudiar el problema de los monopolios y elaborar un proyecto de ley; este comité, un año más tarde, presentó dos proyectos: uno para proteger la competencia y otro para crear una oficina de monopolios. Ambos recibieron gran oposición por su rigidez, por lo que se formuló un tercer proyecto un tanto más benigno, que incluso llegó a considerar la prohibición del monopolio como de excepción. Éste fue el antecedente de la Ley de Cárteles de 1957 (legislación vigente) reformada el 15 de septiembre de 1965, el 4 de agosto de 1973 y el 2 de julio de 1976.¹⁵ Esta ley reconoce la necesidad de sustentar el sistema de economía de mercado, pero admite excepciones fundamentadas en su eficacia, congruente con el pensamiento neoliberal de la Escuela de Friburgo. En este sentido, analiza restricciones a la competencia originadas por prácticas colusorias; separadamente se ocupa de otras modalidades de restricción a la competencia entre las que se

¹⁵ El texto de la "Ley contra Limitaciones de la Competencia (GWB)" según la versión del 4 de abril de 1974 de la República Federal Alemana, puede verse en el *Boletín Federal de Leyes*, BGBI, I, p. 869.

encuentran, por ejemplo, abusos de posición dominante en el mercado y concentraciones empresariales.

Desde el punto de vista del régimen jurídico, la ley hace una distinción entre los acuerdos que restringen la concurrencia, las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado y las fusiones o concentraciones, las prácticas discriminatorias y coercitivas, las reglas de concurrencia y las recomendaciones.

La ley distingue dos tipos de colusión: los “cárteles”, y los otros contratos; para los primeros se requiere el fin común de las partes del contrato; a partir de la reforma de 1973 se introdujeron las llamadas prácticas concertadas, u “obligaciones imperfectas”, entendiéndose por concurrencia también la potencial.

Están permitidos los acuerdos que se refieran, por ejemplo, a condiciones generales de venta que las empresas participantes deben aplicar en sus informes a sus clientes inmediatos; excepcionalmente se permiten acuerdos por crisis estructurales dentro de la economía; del mismo modo se permiten acuerdos por racionalización para mejorar la producción y el rendimiento de las empresas bajando los costos; los acuerdos que tiendan a asegurar la exportación, debiendo notificarse previamente a la Oficina Federal de Acuerdos; los acuerdos de importación cuando sirvan para combatir acuerdos monopólicos u oligopólicos.

Además de los acuerdos horizontales con vista a objetivos comunes, están prohibidos “otros acuerdos”, los concertados entre partes que se encuentran en diferentes estadios del proceso económico (acuerdos verticales). La prohibición alcanza, asimismo, a los acuerdos sobre precios impuestos, precios de reventa —salvo para los artículos de marca, donde los precios se hallan en concurrencia con productos similares de otros productores o comerciantes.

Con respecto al procedimiento administrativo, la ley distingue entre los acuerdos que deben ser simplemente notificados a la autoridad de control y los que requieren autorización de la misma.

Las infracciones a la ley son sancionadas con multas que pueden llegar hasta el triple del beneficio obtenido como consecuencia de la infracción. Se establece también una acción de daños e intereses en caso de incumplimiento doloso o negligente.

La ley se aplica también a las empresas públicas.

Independientemente de las prohibiciones y permisiones que la ley contempla expresamente, un acuerdo puede ser declarado nulo cuando sea contrario a la moral y a las buenas costumbres.

6. *Bélgica*

La legislación reguladora de la materia en Bélgica se inserta en el marco de los países que han adoptado el criterio del abuso, es de-

cir, que las prácticas restrictivas son consideradas *a posteriori* y con base en sus efectos.

El texto legal más importante para la regulación de la competencia en este país es la Ley de 1960 sobre Protección Contra los Abusos de Poder Económico. También podría estimarse que la Ley de 1971 sobre Competencia Desleal, tiene relevancia en algunos aspectos de la protección legal.

Así pues, se prohíbe el abuso del poder económico que puede ser detentado por una o varias personas (físicas o morales) actuando concertadamente. Esto significa que la prohibición no opera sobre los acuerdos, sino únicamente cuando de éstos surjan indicios de abuso; es decir, los convenios deben producir efectos contrarios al interés general.

La ley no sanciona, por lo tanto, otras prácticas restrictivas, como algunos casos de colusiones, o la posición dominante de mercado.

Tal vez esta posición legislativa de carácter benigno no sea casual si consideramos que la creación de la Comunidad Económica Europea determinó la *existencia* de unidades de producción de mayor extensión.

7. Suecia

La legislación vigente data de 1946, complementada en 1953, 1956 y 1966. La primera de estas leyes tenía como objetivo controlar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia mediante el registro de acuerdos y la publicidad de las resoluciones tomadas. Paulatinamente, la legislación suprimió los controles de precios que se originaron en tiempos de guerra, pero que en forma definitiva quedaron regulados mediante las nuevas disposiciones de 1956 y 1966 que contienen la reglamentación vigente.

La base de la legislación sueca es la libre competencia y el interés general. El artículo 1 de la ley establece que: “en vista de favorecer la concurrencia en la vida económica en la medida que lo justifique el interés general” se prohíbe la realización de determinadas prácticas restrictivas y se prevé la intervención del tribunal en la materia, que es denominado por la ley “Consejo de la Libertad Económica”. El tribunal negociará con las partes a fin de evitar la afectación de la concurrencia. En este sentido se considerarán perjuicios que afecten el interés general aquellos supuestos en que la restricción influya sobre la fijación de precios, o limite la productividad de la vida económica social o individual. En estos casos el gobierno puede, a petición del Consejo de la Libertad Económica, fijar temporariamente un precio máximo; asimismo, este tribunal puede intimar al imputado a vender las mercaderías bajo apercibimiento de hacerlo a su

nombre. Se dejarán sin efecto, por disposición del Consejo, los casos concretos en que se realicen acuerdos tendentes a imponer un precio que limite las ventas.

La aplicación de la legislación está a cargo de la Oficina Nacional de Precios y Cánceles, del comisario para la Libertad Económica, que actúa como representante del ministerio público, y del Consejo de la Libertad Económica.

Fundamentamente, la ley se apoya, para su eficacia, en el registro de los acuerdos y en la publicidad de los mismos; este sistema ha permitido la modificación de numerosos acuerdos por imperio de la opinión pública; mientras que otros han sido dejados sin efecto por ser contrarios al interés general.

8. *Noruega*

La legislación vigente se remite al ordenamiento jurídico de 1953 (que ha tenido numerosas reformas hasta 1969); sus objetivos son suprimir las prácticas que lesionen la libre competencia, fundamentándose en el interés general

Se consideran prácticas prohibidas, entre otras, los abusos en materia de precios, beneficios y condiciones comerciales, la distribución de dividendos exageradamente elevados y que no guarden relación con las utilidades reales de la empresa, etcétera.

Los acuerdos deben declararse obligatoriamente, por decreto real del 19 de marzo de 1954; el artículo 36 del mismo establece como sanción la nulidad para el supuesto de que se incumpla esta prescripción. En el caso de que por algún acuerdo se restrinja la competencia, resultará de intervención necesaria para su validez el "Consejo de Precios", que es un organismo compuesto por siete miembros nombrados por el rey.

9. *España*

La actividad del Estado español no se ha caracterizado por defender la libre competencia; por el contrario, ha puesto de manifiesto su vocación por promover actividades monopólicas y ampliamente restrictivas de la libre competencia, especialmente entre 1939 y 1959. Pese a ello, han estado en vigencia al mismo tiempo normas de protección al mercado, que finalmente fueron incorporadas a la legislación vigente en la materia: la Ley de Represión de las Prácticas Comerciales Restrictivas de 1963. Antes de ésta la reglamentación aplicable estaba constituida por: a) los artículos 539 a 541 del Código Penal; b) el artículo 74 de la Ley de Reforma Tributaria del 26

de diciembre de 1957, y c) el artículo 3o. del Decreto-Ley de Ordenación Económica del 21 de julio de 1959.

Los artículos del Código Penal si bien no constituyen un sistema antimonopólico, consagran la regla general que prohíbe alterar los precios derivados de la libre concurrencia, y dos reglas particulares que son consecuencia de la anterior: prohibición de alterar los precios de los remates en las subastas públicas, y de modificar los precios de los productos alimenticios, situaciones en las que resulta más fácil comprobar la existencia del delito.

El artículo 74 de la Ley de Reforma Tributaria contiene una norma de carácter fiscal que constituyó el primer texto legal en el que se enumeran determinados mecanismos restrictivos de la competencia (como las uniones de empresas, los convenios de control o el reparto de mercados), como indicios de beneficios extraordinarios susceptibles de mayor gravamen.

Finalmente, el artículo 3o. del Decreto-Ley de Ordenación Económica de 1959, supuso una expresión de deseos del gobierno español en el sentido de elaborar una legislación para moderar las prácticas restrictivas.

Estos antecedentes, que por razones de política económica no fueron eficazmente utilizados por la administración, sirvieron, sin embargo, para que en 1962 se iniciara la preparación de la ley antimonopólica que se publicó el 20 de julio de 1963 con el nombre de Ley de Represión de las Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia. Esta ley no define lo que debe entenderse por competencia; sólo contiene una enumeración de los posibles casos en los cuales se atenta contra ella. De esta manera se deduce que lo prohibido no es la concentración económica en sí, sino las perturbaciones que de ella pudieran surgir.

Las restricciones de carácter privado que la ley impone implican una doble prohibición: las prácticas restrictivas en sentido estricto, y los abusos de posiciones de dominio en el mercado. En el primer supuesto existen dos excepciones: una de exclusión de una serie de hipótesis restrictivas del ámbito de la ley, y otra para determinadas prácticas restrictivas en sentido estricto y que, por una u otra razón, se consideran impunes. Los abusos de posiciones de dominio de mercado no excluyen ni exceptúan ningún caso, pues siempre se les incrimina.

En el artículo primero de la ley, apartado primero, se prohíben "las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas consistentemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional".

La ley prohíbe dos tipos precisos de prácticas comerciales: *a)* las resultantes de convenciones, decisiones o actividades que tengan por objeto o efecto limitar la concurrencia, declarándoselas nulas; *b)* el abuso de posiciones dominantes sobre una parte o la totalidad del mercado, cuando sin justificación resulte lesivo para la economía nacional, el interés de los consumidores u otros competidores, como podría deducirse de la utilización de prácticas tendentes a eliminar la competencia, a limitar la producción y la distribución, al reparto del mercado o la fijación de determinados precios, etcétera.

Se distinguen dos formas de suspensión de la cláusula general de prohibición de las prácticas restrictivas en sentido estricto: exclusión y excepción.

Se excluyen de la prohibición general todos aquellos supuestos de restricción de la competencia expresamente establecidos en una disposición legal; con ello se mantienen determinadas situaciones de privilegio que la administración ha creado en el campo económico y cuya desaparición no se estima conveniente.

Las excepciones tienen un alcance más amplio; son los acuerdos autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, para posibilitar determinadas restricciones de la misma que en un momento dado parecen necesarias o convenientes para la economía nacional.

Los artículos 4 y 5 prevén excepciones a la aplicación de la ley antimonopólica debido a la naturaleza del producto o a situaciones preexistentes. Asimismo se faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a autorizar determinadas actividades teniendo en cuenta la mejora de la producción, el interés de los consumidores o aun la restricción de la competencia si fuera indispensable para alcanzar el fin propuesto (promoción de exportaciones, defensa contra importaciones originadas en ventas monopolísticas extranjeras, etcétera).

Los organismos encargados de la aplicación de la ley son: el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia, el Consejo de Defensa de la Competencia y el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Las posibles sanciones del Tribunal consisten en: *a)* intimar a los autores a que cesen en sus prácticas, con el apercibimiento de constreñirlos en caso de incumplimiento; *b)* proponer al Consejo de Ministros una pena proporcional al perjuicio causado a la economía nacional; *c)* la nulidad de las cláusulas de los convenios que dieran lugar a las prácticas prohibidas, y *d)* elevar la causa a tribunales penales comunes en el caso de maquinaciones fraudulentas en los precios.

IV. LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA EN AMERICA LATINA

La realidad latinoamericana debe entenderse como consecuencia de la existencia de un proceso económico-social diferente al seguido en los países de Europa y Estados Unidos. En efecto, la implantación de legislaciones antimonopólicas en los países altamente industrializados responde a la necesidad de superar las crisis que especialmente, como la de 1929, afectaron a las economías capitalistas. Por el contrario, las políticas económicas seguidas por los países dependientes tendrían la finalidad de promover su desarrollo. Es importante tener en cuenta que los cambios políticos operados en América Latina se han reflejado en una inestabilidad o mutabilidad frecuente de los instrumentos de política económica, por ejemplo, el fracaso de la sustitución de importaciones ha favorecido en algunos casos disposiciones tendientes a proteger posiciones defensivas del principio de nacionalidad, y en otros casos, en cambio, ha significado un retorno a las fuerzas del mercado.¹⁶

En términos generales puede observarse que los países en los que el poder económico está en manos de empresas extranjeras o estatales, han reemplazado una legislación antimonopólica tradicional, aunque sin llegar a derogarla, por instrumentos de control más idóneos. Así, la protección de la competencia se realiza mediante el control de precios, la reglamentación del desarrollo industrial, el establecimiento de empresas del Estado destinadas a crear mercados compensatorios, y los controles de la inversión extranjera y la transferencia de tecnología. Podríamos citar como ejemplo a México, Argentina (antes de 1976), y los países del Grupo Andino (suscriptores del Acuerdo de Cartagena), que originariamente constituyeron Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Chile (este último se separó en 1973). Otros ejemplos quedarían reflejados en la constitución de la Comunidad del Caribe y el Mercado Común Centroamericano, organismos que, formados por países más pequeños, intentaron establecer formas de control de prácticas restrictivas de la competencia. En todos los casos la protección penal en estas legislaciones ha sido escasa.

En otros países y fundamentalmente como consecuencia de las políticas económicas de gobiernos autoritarios, se ha abandonado la estrategia nacionalista y las meras orientaciones han impulsado una reformulación de sus legislaciones en esta materia. Esto ha significado el sometimiento, en la mayoría de los casos, de las empresas

¹⁶ White, Eduardo, "La legislación antimonopólica y el control del poder económico en América Latina: recientes tendencias", *Derecho de la integración*, núm. 29, v. XI, noviembre de 1978, pp. 35 y ss.

públicas a las reglas del mercado, y la apertura de éste a la competencia externa. Es el caso de Argentina, Brasil, Colombia y Chile.

En este contexto se sanciona en Argentina la Ley número 22.262/80, para la defensa de la competencia, creada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; el redimensionamiento a partir de 1973 de la actividad preventiva del Consejo Administrativo de Defensa Económica en Brasil; las acciones realizadas a partir del mismo año por la División de Control de Precios de la Superintendencia de Industrias en Colombia; y la sanción de los Decretos-Ley número 280/74 sobre “delito económico”, y número 211/73 que orienta la actividad de organismos administrativos de control de prácticas restrictivas en Chile.

Se ha tratado fundamentalmente de legislaciones tendentes a incriminar penalmente sólo el abuso de poder en el mercado.

V. LA REGULACIÓN ANTIMONOPÓLICA EN ARGENTINA

1. Si bien Argentina ha tenido características especiales en su desarrollo, y una estructura económica diferente a los restantes países de América Latina, también ha verificado un proceso constante de centralización y concentración, propio de las economías capitalistas dependientes. Ha sido igualmente importante en este país la influencia rectora de las empresas estatales y la inversión extranjera directa en los sectores más dinámicos de la economía. Aunque las elaboraciones estadísticas están sujetas a la doble impugnación de metodologías de producción y tendencias en la interpretación, las consultadas evidencian un proceso de oligopolización significativamente acentuado.¹⁷

Las cien empresas industriales más importantes — medidas por su facturación — realizaban el 18% de las ventas en el año 1956; en 1969 habían pasado a representar el 26% del mercado. Las veinti-

¹⁷ Las cifras utilizadas fueron tomadas de Ciñilo, Elsa y otros, *Acumulación y centralización del capital en la industria argentina*, Buenos Aires, Ed. Tiempo Contemporáneo, 1973; Mónica Peralta Ramos, *Etapas de acumulación y alianzas de clases en la Argentina (1930-1970)*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires 1972; Juana Piotrosky y Miguel Khavisse. *La consolidación hegemónica de los factores extranacionales: el caso de las cien empresas industriales más grandes*, Buenos Aires 1973; Jorge Schavarzer, “Las empresas industriales más grandes de la Argentina, una evaluación”, en *Desarrollo Económico*, Revista de Ciencias Sociales núm. 66, vol. 17, julio-septiembre de 1977, Buenos Aires 1977. Este autor realiza precisamente un análisis crítico respecto a las elaboraciones realizadas por diversos autores — incluidos algunos de los precitados — en el análisis de las mayores empresas de Argentina; estas notas críticas han sido debidamente consideradas y solamente se utilizan como indicadores de tendencia. Respecto a la política económica actual y a sus cifras, se basan en informaciones del Ministerio de Economía en su publicación mensual *Información Económica de Argentina* y comentarios publicados en la revista de *Comercio Exterior* y en la revista *Controversia* (ambas de México).

cinco mayores representaban el 11% del mercado en 1956 y el 15% en 1969.¹⁸

En el listado de las cien empresas industriales más grandes encontramos, en 1975, 10 estatales, 35 privadas —de capital nacional—, 36 de capital extranjero, dos empresas que se constituían con capital estatal y nacional privado y 14 de capital nacional privado y extranjero. De las diez primeras, cuatro son de capital extranjero y una mayoritariamente extranjero. En el período 1955-1975 la producción industrial argentina se multiplicó por 2.7, pero las más grandes empresas aumentaron sus ventas por 3.3 y 4.¹⁹

El alto grado de concentración de la economía argentina era reconocido y tomado en cuenta por las autoridades gubernamentales al fijar los mecanismos de control de precios (que funcionaron con interrupciones de 1963 a 1976), los males generalmente se realizaban sobre doscientas empresas, aproximadamente con la idea correcta de que a través de éstas controlaban los sectores más importantes de la producción industrial.

La conformación de mercados oligopólicos es muy alta en ciertas ramas de la industria, como la terminal de automotores —no así la de autopartes—; en petroquímica pesada cinco empresas controlaban el 100% de la producción, en la petroquímica liviana ocho controlaban el 95% del mercado; en la industria harinera ocho molinos controlaban el 58.5% de la producción, y en cigarrillos, cuatro el 100%. En todos estos casos es preponderante el capital-extranjero.²⁰

2. A partir del golpe militar de 1976 se impulsa una política económica que, en el aspecto que interesa en este análisis, tiende a eliminar la pequeña y mediana empresa, generando por otra parte condiciones favorables —en el aspecto legislativo— para la inversión extranjera y el flujo tecnológico; el estancamiento de la producción en 1981 será similar al de 1974,²¹ y el aumento de quiebras, hacen

¹⁸ J. Priotrosku, G., y Khavisse, M. *op. cit.*

¹⁹ J. Schwarzer, G., *op. cit.*, p. 330.

²⁰ Cimilo, Elsa, *et al.*, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

²¹ La evolución del Producto Interno Bruto y de la industria manufacturera en los últimos años en millones de dólares constantes de

1960 ha sido:	P.I.B.	Industria Manufacturera
1976:	19922	7305
1977:	20856	7612
1978:	22204.5	7007
1979:	22998.8	7772

Fuente: Revista *Información Económica de la Argentina*, Ministerio de Economía de la República Argentina, diversos números.

El índice de evolución del producto industrial y año 1974 = 100 era en 1980 de 97. Ver Abasolo, Carlos, "Argentina, 1976-1981, Objetivos y resultados de la política económica", *Comercio Exterior México*, junio de 1981.

suponer que el proceso de concentración y centralización ha sido muy agudo. Un fenómeno importante ha sido la reducción del salario real del peón industrial, que se ha traducido en una baja significativa de la participación de los asalariados en la distribución del ingreso. Considerando un año de relativo auge, como fue 1974, el salario real había descendido a 40.9.²²

La estructura industrial empresarial del país en 1980 era: 33,000 establecimientos fabriles, de los cuales 1,500 correspondían a industrias grandes (más de 200 dependientes) y 124,000 a menores (menos de 25 dependientes).

El gobierno considera que sólo las grandes empresas son eficientes y, por lo tanto, que las pequeñas deben reducir sus costos y ganar eficiencia o desaparecer. Las quiebras alcanzaron también a grandes unidades económicas, como Celulosa (*holding* integrado por 27 empresas), Gas Estru (*holding* integrado por más de 70 empresas), Adabor, Austral, Fabril Financiera, Sudamtex, precipitadas algunas de ellas por la cesación de pagos de algunos de los principales bancos y financieras.²³

Las medidas económicas que derivaron en esta concentración monopólica, sin precedentes en este país, se resumen a continuación:

2.1 Redimensionamiento del Estado a través de: 1.1. reducción del déficit del presupuesto y su financiamiento no inflacionario; 1.2. reducción del gasto público; 1.3. transferencia al sector privado de empresas estatales; 1.4. reordenamiento y reprogramación de la inversión pública (en función de las políticas precedentes) y 1.5. reforma del sistema impositivo (reducción de los impuestos directos en favor de los indirectos — IVA —).

2.2 Liberalización de la economía mediante: 2.2.1. libertad de precios; 2.2.2. libertad de mercado cambiario; 2.2.3. libertad de

²² Abalo, Carlos, *op. cit.*, con datos del Banco Central Argentino, p. 637.

²³ *Información Económica de Argentina*, Ministerio de Economía, febrero de 1980, p. 13. Ver igualmente Abalo, Carlos, *op. cit.*, p. 647; Geller, Lucio, *Le Monde Diplomatique* en español, varios números 1980/1981 (México).

Una revista norteamericana especializada en economía y finanzas expresa, refiriéndose a la política económica del gobierno militar que "como resultado de la competencia intensificada, aumentaron las quiebras de empresas a 225 millones de dólares en pasivos, durante el primer trimestre de este año, 200 millones más del total de 1979. Una parte de las industrias fabricantes de piezas de automóviles y de las industrias fabricantes de máquinas herramientas han sido eliminadas y las industrias nacientes, como las ensambladoras de calculadoras electrónicas, fueron terminadas. Federico Dumas, subsecretario de Economía, encargado de inversión extranjera, predice una recesión moderada en la industria de artefactos domésticos, de la que sobrevivirá únicamente el 25%... El cierre de General Motors, Citroen y una ensambladora del gobierno, junto con la fusión de las subsidiarias argentinas de Fiat y Peugeot, así como también la compra que hizo Volkswagen, de la Chrysler Argentina, redujeron la industria a cuatro fábricas, incluyendo a Ford y a Renault..." *Business Week*, septiembre de 1980.

comercio exterior, 2.2.4. libertad de exportación e importación; 2.2.5. libertad de tasas de interés; 2.2.6. eliminación de las tarifas políticas para los servicios públicos y de los precios subsidiados para los combustibles; 2.2.7. eliminación de los subsidios y de la sobreprotección a ciertos sectores de la economía; 2.2.8. libertad para la inversión extranjera; 2.2.9. libertad para la transferencia de tecnología (en especial *libertad* para remitir dividendos y regalías, sin límites ni trabas legales, y *libre* acceso al mercado financiero).²⁴

3. El seis de agosto de 1980 se publicó la Ley No. 22.262 de Defensa de la Competencia que deroga a la Ley 12.906 conocida como de “represión antimonopólica”.²⁵

John William Cooke, quien había sido miembro informante de la ley derogada, sostuvo en la Cámara de Diputados, al fundamentar la misma —simplificando sin duda excesivamente—, sobre la existencia de dos tendencias respecto al tema de debate: una que considera necesario el crecimiento y desarrollo de grandes empresas que, a través de la organización de producción y distribución a escalas óptimas y con tecnología moderna, abaratara los costos; y otra, a la que se adhiere, que preferiría un mercado atomizado en el que la competencia interempresarial definiera los precios más adecuados. La exposición de motivos de la nueva ley expresa que sus autores se inclinan por la primera corriente, destacando el papel sustitutivo del Estado, y reconociendo a la iniciativa privada como “la verdadera fuerza impulsora de la economía”.

La nueva ley es estimada necesaria, entonces, para consolidar una política de precios que permita prescindir de la acción directa del Estado, limitado a reglar un correcto régimen de concurrencia. Para el cumplimiento de estos objetivos se propone definir con precisión las conductas reprimidas y generar un procedimiento administrativo adecuado, orientado a la investigación y prevención de las mismas. En la misma exposición se reconoce el escaso número de procesos sustanciados, pese a que desde 1919 el país cuenta con legislación en la materia.

La ley define dos tipos de conductas prohibidas:

- a) las que, estando relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia y

²⁴ Resumen de la exposición del Ministerio de Economía de la República Argentina en la XXI Asamblea del Banco Interamericano de Desarrollo. Río de Janeiro, 12 de abril de 1980. Sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología ver las leyes.

²⁵ El gobierno militar argentino denomina leyes a las resoluciones dictadas por la Comisión Asesora Legislativa —C.A.L.—, integrada por tres representantes de cada una de las fuerzas: ejército, marina y aeronáutica.

b) las que constituyan abuso de posición dominante en un mercado.

En ambos casos es necesario que de las mismas *pueda* derivar un perjuicio para el interés económico general.

Se define a la posición dominante en el mercado por inexistencia de competencia efectiva o sustancial a causa de terceros en el mercado nacional o en parte de él. En estos marcos generales, la ley describe actos o conductas orientados a alterar las normales condiciones del mercado, características de empresas que gozan de *situaciones dominantes*.

Las penas previstas para quienes realicen estos actos es de prisión —uno a seis años— y/o multa (las penas se pueden aplicar independiente o conjuntamente) en caso de personas físicas. Si el delito se cometió en el nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona ideal (moral) se impondrá: a) pena de multa —de la que responden solidariamente la persona ideal y los representantes que cometieron el delito—, y b) prisión de uno a seis años a los funcionarios o representantes de la persona moral que hubieren intervenido en la comisión del hecho punible. Se contempla como sanción complementaria a la persona moral —extensiva a sus representantes— inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio.

La ley crea a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la cual es integrada por cinco miembros: un presidente —que puede ser cualquiera de los subsecretarios de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas— y cuatro vocales designados por el Ministerio de Economía, que duran cuatro años en sus funciones —sólo pueden ser removidos con causa y por un jurado establecido en la misma ley.

La Comisión tiene funciones de instrucción sumarial administrativa y de estudios sobre problemas de competencia; la resolución definitiva está reservada al secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Internacionales, quien previo dictamen de la Comisión y traslado a los obligados y responsables, puede imponer multa, medida de no innovar respecto a la situación existente, ordenar el cese o la abstención de la conducta imputada, y la disolución y liquidación de la sociedad —si fuere el caso—. Estas resoluciones son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal.

La ley prevé la posibilidad de un compromiso —previo a la resolución del secretario de Estado— con el presunto responsable, en el que ofrezca el cese inmediato o gradual de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos. De ser aceptado, se suspende el sumario y se vigila su cumplimiento.

A continuación se transcriben los artículos 1, 2, y 41 de la ley analizada, los cuales consideramos son de fundamental importancia:

ARTÍCULO 1. Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que construyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

ARTÍCULO 2. A los efectos de esta ley se entiende:

- a) que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.
- b) que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

ARTÍCULO 41. Serán reprimidos con las sanciones previstas en el artículo 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el artículo 1:

- a) fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;
- b) limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;
- c) establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- e) celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento;
- f) impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores;
- g) negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;
- h) imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;

- i) destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos;
- j) abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;
- k) comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

VI. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE CONCURRENCIA EN CHILE

Igual que en Argentina, las líneas generales del gobierno militar chileno desde 1973 se orientan hacia el liberalismo económico y la subsidiariedad de la actividad estatal en materia económica, principios que han recibido consagración constitucional.²⁶ Las disposiciones de protección a la libre concurrencia establecidas en la Ley número 13.305 fueron reformadas por Decreto-Ley número 211 de 1973, el que sufrió varias modificaciones en los años posteriores. El 27 de octubre de 1980 se publicó en el *Diario Oficial* por Decreto 511 un “texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto-Ley 211”.

Este cuerpo legal está orientado a reprimir “al que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, en las actividades económicas...” (artículo 1). El desarrollo analítico de actos tendientes a impedir la libre concurrencia resulta muy confuso e impreciso, difícilmente aceptables como tipos penales compatibles con los que son propios del estado de derecho.

La ley prohíbe el otorgamiento de concesiones monopólicas y particulares para actividades económicas. Respecto a los monopolios otorgables al Estado para determinadas esferas de la producción y distribución, sólo podrán ser establecidos por ley. El establecimiento de estancos sólo es factible previo informe favorable de una Comisión Resolutiva prevista en el mismo decreto e integrado por un ministro de la Suprema Corte, dos jefes de servicios designados por ministerios y dos decanos de facultades de ciencias jurídicas y sociales y de ciencias económicas de universidades con sede en la capital (no necesariamente estatales).

²⁶ Ver Brañes, Raúl, “Modelos constitucionales neo-liberales”, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Económico celebrado en la ENEP Acatlán, UNAM, México, 1981.

Respecto a las personas morales o sociedades, la ley prevé su posible disolución, registrándose la sentencia que ordena la misma en el Registro de Comercio, con publicación posterior en el *Diario Oficial*. Esta resolución no es obstáculo, por supuesto, para aplicar las sanciones que correspondieren a los representantes legales o personas naturales que obraron por la persona jurídica.

Para la “prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre concurrencia” se crean una serie de organismos administrativos con facultades jurisdiccionales: a) Comisiones Preventivas Regionales; b) Comisión Preventiva Central; c) Comisión Resolutiva (a la que antes se hizo referencia), y d) la Fiscalía Nacional Económica.

El procedimiento es el penal ordinario, sin embargo se le incorporan algunas modificaciones de importancia, a saber: i) el proceso sólo se puede iniciar por denuncia o querrela formulada por el fiscal nacional; ii) el sumario se debe finalizar en setenta días, prorrogable por auto motivado por treinta días más; iii) los Tribunales de Justicia apreciarán la prueba en conciencia.

VII. LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA EN MÉXICO

1. Antecedentes

Desde los inicios de la lucha por la independencia, un sector importante, preferentemente de tendencia liberal, se pronunció contra los monopolios y estancos. Sus ideas respondían a las elaboraciones teóricas propias del capitalismo competitivo y eran parte de las reivindicaciones antifeudales. Los privilegios de los gremios se eliminaron en 1914, pero los estancos fueron, durante un lapso bastante largo, una de las fuentes principales de las finanzas estatales; su supresión en el orden nacional dejó subsistente la posibilidad del establecimiento en los estados.²⁷

Los privilegios favorecían en la etapa colonial a los españoles —al igual que en los restantes países de colonización ibérica— y toda eliminación de restricciones impuestas al comercio eran vistas favorablemente por las corrientes independentistas o liberales,²⁸ tendencia que se ratificó con el Decreto de diciembre de 1821 que abrió

²⁷ En 1928 el gobierno federal decidió dejar libre el estanco de siembra y expendio de tabaco, principal fuente de ingresos para la administración en la Colonia. Pero los estados quedaron con la opción de dejar o abolir el estanco. Carlos San Juan Victoria y Salvador Velázquez Ramírez, II. “La formación del Estado y las políticas económicas (1821-1880)”, en Ciro Cardoso *et al.* *México en el siglo XIX (1821—1910) historia económica y de la estructura social*. Ed. Nueva Imagen, México 1980, p. 69.

²⁸ Hale, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora 1821-1853*, México 1978, Ed. Siglo XXI, p. 260.

los puertos de México a los barcos y mercancías extranjeras, con un arancel uniforme del 25% sobre el valor.

El debate sobre los monopolios corporativos y estancos estuvo unido, en todo el periodo, al suscitado sobre la conveniencia de las prohibiciones y aranceles para protección de la industria local, así como las medidas de fomento a la misma. En este amplio espectro de temáticas vinculadas a la política económica de la etapa independiente, la discusión sobre prohibiciones y aranceles ocupó un lugar privilegiado.

Prevaleció, tendencialmente, una política de protección arancelaria mitigada por el contrabando en el periodo 1821-1856. Un principio de resolución institucional estuvo dado por la Constitución de 1857, si bien sus disposiciones al respecto no fueron aplicadas en forma inmediata.²⁹

El texto constitucional de 1857, vinculado al tema en estudio, expresa en su artículo 28 que: "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." La segunda parte no figuraba en el proyecto de Constitución de 1856.³⁰

Es indudable el neto corte liberal de la disposición transcrita, orientada principalmente a proteger a los particulares de la actividad estatal; se partía del supuesto de que el intervencionismo estatal permanente y acentuado en cualquiera de estas manifestaciones (monopolios, estancos o prohibiciones) implicaba una carga onerosa para los consumidores y una traba para la expansión y desarrollo de la industria y el comercio. Sin embargo, la prohibición deja subsistente la posibilidad de los aranceles y por otra parte no impidió un uso pragmático de estas políticas, aceptando los mismos liberales los beneficios del proteccionismo precedente y la necesidad de adaptar sus principios ideológicos a las peculiaridades del país.³¹

²⁹ "La política liberal era reducir prohibiciones y ampliar a los renglones liberados la protección arancelaria. El arancel de 31 de enero de 1856 redujo a dieciocho los artículos prohibidos. Después de la Guerra de Tres Años y de la intervención, el 21 de enero de 1867 se suprimió todo género de prohibiciones, a título de protección a la industria". Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, III (La integración de la ideas), pp. 526 y ss. Ver en el mismo sentido Hale, *op. cit.*, pp. 255 y ss. y Cardoso V., *Ciro Las industrias de transformación (1821-1880)*, en Cardoso, *Ciro, et al., op. cit.*, pp. 147 y ss.

³⁰ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Ed. Porrúa. 1970, t. II, p. 355.

³¹ Ver al respecto el debate de don Matías Romero con John W. Foster, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de los Estados Unidos en México, en 1878, citado por J. Reyes Heróles, *op. cit.* pp. 527 y ss.

Dijimos anteriormente que el segundo párrafo intentaba clarificar y modernizar la prohibición del primero; creemos que lo hace con un éxito relativo. La referencia más precisa es la relativa a actos colusorios propios de mercados oligopolizados, pero no contempla la posibilidad de reprimir, o al menos obligar, a la disolución o diversificación accionaria de las empresas que controlan una parte importante del mercado. La represión siempre está vinculada, por otra parte, a motivaciones específicas: alza exagerada de los precios, perjuicios a una clase social, etcétera.

Sin embargo, debe interpretarse que esta enunciación no limita al legislador, quien debe sin duda reprimir todos los casos enunciados en la Constitución, como también todas las conductas desviadas no contempladas en la misma, incorporando nuevos tipos penales,³² como lo hacen la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional y los códigos penales de las entidades federativas. De todo este complejo normativo, nos referiremos en nuestro estudio al del Distrito Federal.

2. *La regulación de los monopolios en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*

El artículo 28 de la carta magna, dispone que:

ARTÍCULO 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos o radio-telegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

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, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación de cualquier manera que se haga de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio, para evitar 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.

³² En contra Serra Rojas, *op. cit.*, p. 359.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.

Tampoco 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, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la 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 las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

El primer párrafo es en gran parte coincidente con el artículo 28 de la Constitución de 1857; agregándose a las excepciones establecidas en el mismo, los telégrafos, la radiotelegrafía y la emisión de billetes por medio de un solo banco. Esta última, es una excepción que a su vez impone la necesidad de crear un banco que si bien no tiene necesariamente que ser del gobierno federal, debe estar bajo su control. La Ley Orgánica del Banco de México acepta socios privados, pero en consecuencia, garantiza a través de acciones de serie especial, el control por el gobierno federal.

En este aspecto destacan dos conceptos claros del constituyente: a) la consideración del derecho de patente como generador de monopolio — conforme a lo ya dispuesto por el constituyente de 1857 —, b) la distinción entre propiedad, cuota accionaria, y *control*. Esta idea moderna y de utilidad decisiva en la moderna legislación relativa a las corporaciones no fue aprovechada posteriormente por el legislador.

En el segundo párrafo el constituyente intenta aclarar la mera prohibición establecida en el primero y hace referencia a situaciones diversas:

- 1) El acaparamiento o concentración en una (monopolio) o pocas (oligopolio) manos de los artículos básicos para que aumenten de precio. En este caso se limita a bienes básicos.
- 2) Toda conducta que se oriente a evitar la libre competencia. En este caso no se exige que se trate de productos específicos ni se requiere objetivo determinado. La disposición anterior se encuentra casi en su totalidad comprendida por esta enunciación.
- 3) Los acuerdos entre empresarios (acuerdos colusivos) para evitar la competencia. Se exige que tengan por objeto obligar a los consumidores a pagar precios exagerados. La referencia genérica a los consumidores es confusa y puede resultar de di-

ficil interpretación en el comercio interempresarial. La exigencia de que estén orientados a lograr precios exagerados, no parece necesaria.

- 4) Ventajas exclusivas indebidas en favor de una o varias personas.

Los párrafos siguientes amplían el campo de las excepciones, a las asociaciones de trabajadores y a las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para vender directamente sus productos en el extranjero.

Esta disposición va a ser adoptada en principio por el constituyente de 1917 con el mismo espíritu. Se nota en su redacción definitiva, sin embargo, la influencia de necesidades de política económica derivadas de la transformación social de fines del siglo XIX, en especial el desarrollo del imperialismo y de los grandes monopolios modernos.

3. *Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional*

Comienza la ley definiendo a los estancos como monopolios constituidos en favor del Estado para procurar provecho al fisco; concepto que no corresponde con el castizo ni con el jurídico de estanco conforme se lo describiera precedentemente.³³ Luego define a los monopolios con mayor precisión y mejor criterio que la disposición constitucional, si bien deja subsistente el requisito de motivaciones específicas.

Se entiende por monopolio, en consecuencia, a

- 1) toda concentración industrial o comercial,
- 2) todo acaparamiento industrial o comercial,
- 3) o toda situación deliberadamente creada.

Cualesquiera de estas situaciones o conductas serán reprimidas *si permiten* a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La ley incorpora dos modificaciones que consideramos acertadas y de primordial importancia: 1) considera monopolio la concentración industrial o comercial; 2) no exige que haya sido creada para provocar perjuicios o incrementar los precios; requiere sólo que

³³ Embargo a prohibición del curso y renta libre de algunas cosas, o asiento, que se hace para reservar exclusivamente las ventas de mercancía, o géneros, poniendo los precios a que fijamente se hayan de vender. *Diccionario de la lengua española*, decimonovena edición. Respecto al concepto jurídico-tradicional ver la primera parte de este trabajo.

esta situación *permite* hacerlo. Se incrimina la hipótesis que genera el peligro, no siendo necesario probar acciones ni motivaciones específicas. La ley faculta, además, al Estado a tomar medidas especiales para la protección de los consumidores cuando la situación de monopolios resulte de hecho y no haya sido deliberadamente creada (artículo 7).

Presunciones: la ley presume la situación de monopolio, *juris tantum*, en las siguientes hipótesis:

- 1) concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario;
- 2) acuerdos colusivos interempresariales que permitan imponer precios o cuotas de servicios;
- 3) situaciones deliberadamente creadas que posibiliten lo mismo.

Presume que estas conductas provocan perjuicio al público en general o a alguna clase social, correspondiendo a quienes hubieren desarrollado las mismas, probar lo contrario.

También presume la norma reglamentaria que ciertas acciones tienen por objeto generar deliberadamente situaciones monopólicas, y las enumera detalladamente.³⁴

Prohibiciones y exenciones: la ley ratifica la disposición constitucional respecto a las prohibiciones y exenciones de impuesto. En el primer caso enumera situaciones que no serán entendidas por tal, con una redacción que en la práctica es opuesta a la disposición constitucional. Respecto a las exenciones de impuesto, se considera tal a aquellas referidas a personas determinadas. La enumeración de los casos que no se considerarán como tales es también muy amplia.

Sanciones: se establece una multa como sanción a la conducta monopólica, que puede ser acompañada de clausura temporal del establecimiento donde se cometan las infracciones. De persistir la infracción se podrá reiterar la multa por cada día que transcurra sin cumplirse el mandato. En caso de reincidencia —se entiende por tal la comisión del mismo delito dentro de los dos años siguientes— se puede ordenar la clausura definitiva.

En caso de que existan presunciones de monopolio y el acusado no ofrezca pruebas en contrario, se aplicarán las penas previstas para los monopolios —lo cual por ser obvio, no ameritaba una disposición especial en la ley—. Los actos que se presume tienden a configurar situaciones monopólicas, son reprimidos con la mitad de la sanción enunciada, la que se duplicará en caso de reincidencia.

³⁴ Ver Ley Orgánica, títulos.

La ley no prevé procedimientos especiales para la investigación de las conductas monopólicas. *A posteriori*, la Ley de Protección al Consumidor facultará a la Procuraduría del Consumidor a investigar y promover la denuncia ante la Procuraduría General de la República.

La ley no resulta adecuada a la etapa actual de desarrollo de los monopolios, a lo que se suma que no ha sido aplicada debidamente, especialmente por las carencias de una infraestructura preventiva de conductas monopólicas porque las autoridades administrativas han apreciado que no es necesario —o no es conveniente— realizar las investigaciones correspondientes.

No existen estudios serios sobre el obstáculo a las posibilidades de desarrollo de una política gubernamental de crecimiento y a la vez redistributiva, que deriva de la existencia de ramas de la producción y distribución, altamente oligopolizadas.

4. *Legislación penal que incrimina el monopolio*

La legislación penal sanciona conductas similares a las descritas por la Ley Reglamentaria del artículo 28 constitucional, si bien con el objetivo manifiesto de proteger el consumo nacional.⁸ (*Cfr.* Código Penal para el Distrito Federal, título decimocuarto: delitos contra la economía pública, capítulo I: Delitos contra el consumo y las riquezas nacionales). Por consiguiente, el sistema jurídico nacional de represión del monopolio, estaría integrado en México por: *a*) la prohibición constitucional respecto a su existencia y, a los estancos; *b*) sanciones administrativas a quienes violen la prohibición constitucional, establecidas en la Ley de Monopolios reglamentaria de la carta magna en esta materia, y *c*) sanciones penales a quienes afecten la libre concurrencia realizando las conductas descritas en las leyes penales de las entidades federativas.

1. Actos o procedimientos que afectan la libre concurrencia o violan las disposiciones del artículo 28 constitucional: estas conductas son reprimidas por los incisos II y VI del Código Penal para el Distrito Federal. Se refieren específicamente a la materia en análisis en forma genérica, y comprenden en su descripción los restantes incisos.

Debemos entender que afecta la libre concurrencia, por ejemplo, el control de una parte significativa del mercado en un tipo de bien o en un conjunto de bienes aptos para la satisfacción de una misma necesidad; también los actos orientados a lograr esa preponderancia o control.

¿Cuáles deben ser los criterios de interpretación en lo que se refiere al tipo de bienes y al análisis de las necesidades? ¿Se requiere

controlar el mercado de refrescos, de gaseosas, de un tipo de refrescos, de jugos en general? ¿En qué grado se debe afectar la libre concurrencia?

En ambos casos, la descripción de las conductas prohibidas es demasiado genérica como para ser entendidas como tipos penales, propios de un sistema de respeto al principio de legalidad. Por otra parte, están previstas sanciones graves de privación de libertad. Se trata no sólo de deficiencias de técnica jurídica, sino además de supuestos de violación expresa de la Constitución y por tanto inaplicables.

2. Se reprime igualmente el acaparamiento, ocultación o la negativa injustificada de vender artículos de primera necesidad, si se pretende a través de estas acciones obtener un alza en los precios. Conforme a la redacción del inciso, el objetivo del incremento en los precios sólo es requisito en el caso de acaparamiento, lo que no parece coherente.

El concepto “artículos de primera necesidad o de consumo necesario” surgirá de las normas reglamentarias del artículo 28 constitucional. A falta de enumeración expresa de la ley, debe entenderse como tipo abierto, debiendo el órgano jurisdiccional considerar como tales los alimentos y bienes de consumo básicos para el sostén y educación de una familia.

Estas conductas son, sin duda, actos o procedimientos que se proponen dificultar la libre concurrencia en el área de la distribución de bienes, y se encuentran por tanto comprendidos por los incisos II y VI ya comentados.

3. El inciso III sanciona la producción de bienes en medida inferior a la capacidad de la unidad económica con el propósito de “mantenerlo en elevado e injusto precio”, exigiendo también que se trate de artículos de consumo necesario. Es una situación similar a la anterior, relacionada en este caso con el área de la producción. Supone un control monopólico del mercado en virtud del cual la reducción en la producción de una o pocas unidades empresariales puede producir efecto inmediato y directo en los bienes.

4. El inciso IV prevé la posibilidad de exportación de artículos de primera necesidad sin autorización gubernamental cuando la misma resulte necesaria; está orientado a garantizar el abastecimiento del mercado nacional prioritariamente y evitar el incremento excesivo de los precios cuando éstos se hubieran elevado en el mercado internacional. En estos casos los productores o distribuidores pretenderían exportar sus mercancías u obtener en el mercado interno los mismos precios que se pagan en el exterior, no vinculando los mismos a sus costos de producción.

5. Se incrimina por último la venta de artículos de primera necesidad con inmoderado lucro. Al igual que la mayoría de este tipo de artículos, es poco preciso y hace referencia a elementos no definidos y ambiguos, como el concepto de “lucro moderado”.

Es indispensable homogeneizar el lenguaje en todos los tipos utilizados en el artículo analizado, pues no se entiende bien el fundamento de las diferenciaciones, pues todo pareciera indicar que se han utilizado diversos conceptos indistintamente. Así, en el inciso I se hace referencia a los artículos de primera necesidad o de consumo necesario; en el III sólo a los de consumo necesario, limitándose los incisos IV y V a los de primera necesidad. Queda por saber si hay artículos de primera necesidad que no son de consumo necesario, pues de no ser así era conveniente utilizar el mismo concepto en todos los tipos.

Similar situación se presenta con los precios. El inciso I sólo exige que se pretenda obtener un alza en los precios, sin calificarla; el inciso III que el autor tenga el propósito de mantener elevado e injusto precio — extraña redacción que presume que los precios ya eran elevados e injustos; por lo que si se pretende aumentarlos, en una aplicación exegética del tipo, la conducta no sería delictual—. Por último, respecto a un precio que derive en inmoderado lucro, el texto del inciso V define las restricciones.

Más adecuado hubiera sido tomar un punto de referencia comparativo, como puede ser *un alza* en los precios. Si bien una simple búsqueda de incremento en los precios no debería ser punible aun tratándose de artículos de primera necesidad, el acto apropiado para producir, o tener aspiraciones de producir, un alza significativa en los precios, debe ser incriminado.

Precios elevados e injustos o precios que derivan en “inmoderado lucro” son de muy difícil definición y han provocado cambios y debates aún no definitivos en el derecho civil y mercantil. Puede entenderse en principio como precio justo aquel que deriva de las relaciones de producción capitalista y que tiene un principio de reconocimiento legislativo en nuestro país: el costo de producción más la tasa media de ganancia.³⁵

Si entendemos como inconstitucionales estos tipos, especialmente los contemplados por los incisos III y VI quedarían sin incriminación penal tanto los acuerdos colusorios como las acciones tendentes a lograr posiciones dominantes o monopólicas en el mercado.

³⁵ Ley Sobre Atribuciones del Poder Ejecutivo Federal en Materia Económica.

5. *El Estado mexicano y la concentración de capitales*

En México la política gubernamental ha provocado en algunos casos efectos mediatos e inmediatos en la concentración monopólica. Por otra parte, las empresas estatales ocupan un rol destacado, si no monopólico, en los sectores económicos en que desarrollan su actividad.

- a) De las diez principales empresas de México las estatales o de participación estatal son ocho, y catorce entre las veinte primeras. En muchos sectores las empresas estatales tienen monopolio absoluto por disposición legal o por situaciones de hecho (por ejemplo, esferas de actividades reservadas exclusivamente al Estado en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, por una parte, y fertilizantes químicos, por otra).

En 1975 las empresas públicas que desarrollaban sus actividades en la industria extractiva y de transformación — petróleo, petroquímica básica y energía eléctrica —, representaban el 0.31 del total de las empresas censadas, pero ocupaban el 14.7% del personal, su retribución era muy elevada pues pagaban el 27.0% de los sueldos y tenían el 23.9% de la producción bruta total, que indica un alto grado de productividad.³⁶

- b) En relación con la política económica, a título meramente ejemplificativo, se puede recordar que en el sector financiero el Estado ha impulsado la concentración en el sector: 1) no autorizando el establecimiento de nuevos bancos; 2) promoviendo la fusión de empresas a través de la multibanca, y 3) concertando precios mediante el establecimiento de tasas máximas de interés por el Banco Central.

Similar actitud se advierte en la política tributaria al no obligar a la globalización de los ingresos para aplicar el impuesto a los ingresos de las personas físicas, no considerar los ingresos globales de las unidades económicas (*holdings*) y establecer tarifas en el impuesto sobre la renta que, por ser pagadas en su tasa máxima por la mayoría de las empresas, son ya proporcionales y no progresivas y, en consecuencia, no presionan hacia la diversificación empresarial.

³⁶ Secretaría de Programación y Presupuesto, X Censo Industrial — 1976 con datos de 1975 — Por empresa pública entendemos a los organismos descentralizados productores de bienes y servicios, empresas de mayoría de participación estatal y fideicomisos públicos.

6. La concentración en el sector financiero

En el desarrollo económico de México, el sector financiero, público y privado ha desempeñado un rol decisivo. Es necesario considerarlo en especial por cuanto:

1. Es uno de los sectores en los cuales la política gubernamental es determinante para el desarrollo de ciertos factores que favorecen la concentración; la Comisión Nacional Bancaria, el Banco de México, S.A., y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público —en especial esta última—, están en condiciones de decidir sobre la entrada de nuevos bancos y de sucursales al mercado de crédito, así como la restricción de los que están operando por disolución o fusión de unidades ya existentes.

2. Las autoridades monetarias consideran que no es suficiente el respaldo económico y seriedad histórica en los negocios para aceptar el ingreso de bancos al mercado financiero. La entrada y salida al mismo, por efecto de las leyes de competencia, podría resultar demasiado peligroso y costoso para un desarrollo económico dinámico. En consecuencia, los funcionarios financieros han estimado que es necesario regular el número de unidades que compiten en el mercado de dinero, teniendo en cuenta: 1) cierto tamaño óptimo de los bancos que le permitan operar a escala, 2) volumen mínimo que le permitan ofrecer variedad en los servicios que prestan a sus clientes con costos competitivos y solvencia, 3) no competir ruinosamente en la captación de ahorros.

3. Los bancos privados más importantes funcionan aparentemente como ejes de grupos monopolísticos —o *holdings*— que controlan un núcleo sustancial de la producción nacional.

Así, se habla del grupo *BANCOMER*, integrado por empresas industriales en las ramas de minería, química, construcción, manufacturas, extractivas, seguros y casas de bolsa, servicios.

De mayor significación parece ser el grupo *BANAMEX*, que controla cerca de 25 empresas de la industria química, empresas minero-metalúrgicas, de construcción, papeleras, eléctricas y electrónicas, y de bienes de consumo. De menor importancia relativa es el grupo *CREMI*, organizado alrededor del Banco de Crédito Minero y Mercantil, S.A. (actual *BANCA CREMI*).

En otros grupos monopolísticos, el sector financiero no necesariamente parece el eje generador o de control. Sin embargo, en su mayoría dispone de su propia organización especializada en la captación de ahorros para el financiamiento de sus actividades; por ejemplo, la composición y funcionamiento del grupo *ALFA*, S.A., del grupo Cuauhtémoc (*VISA*) —Banca Serfin—, de las empresas

de Fomento de Industria y Comercio (FIC) —y BANPAÍS—; grupo ICA-Atlántico, etcétera.

4. Las investigaciones sobre el proceso de concentración financiera son muy escasas en México y la diversidad metodológica de las mismas, así como las dificultades para captar información confiable, motivan que sólo deban considerarse los indicadores más agregados y verificados.

Respecto a los grupos económicos, la composición de los mismos es en gran medida variable, la información mucho más escasa y la proveniente de las mismas unidades de crédito, poco veraces. Eso motiva que existan divergencias, a veces profundas, en las pocas investigaciones existentes respecto de estos *holdings*.

En los casos considerados, además de la participación financiera se ha apreciado, por parte de los autores consultados, la integración de directorios y una cierta permanencia en la integración al grupo.³⁷

5. Algunos indicadores de la concentración bancaria:

a) Número de competidores: no ha variado en la práctica en los últimos quince años si bien pueden registrarse disminuciones en virtud de los agrupamientos en multibanca. En 1976 había 349 instituciones financieras privadas —incluyendo bancos comerciales, financieros e hipotecarios—, que se redujeron a 344 en 1973.³⁸ Según el censo de 1976, en el año inmediato anterior las instituciones de crédito privadas eran 214, con 2 087, sucursales y 143 agencias.³⁹ Tomando un periodo de tiempo más amplio, González Méndez dice que las instituciones que integran el sistema bancario mexicano descendieron de 248 en el año 1950 a 100 en 1979.⁴⁰

³⁷ Sobre concentración en general y grupos oligopólicos hemos consultado Juan Manuel Fragosó, Elvira Concheiro, Antonio Gutiérrez, *El poder de la gran burguesía*, Ed. Cultura Popular. México 1979; Cedeña, José Luis, *El capital monopolista y la economía de México*, Cuadernos Americanos, México 1963 y *México en la órbita imperial*, Ediciones El Caballito, México, 1970; Aguilar, Alonso y Carmona, Fernando, *México, riqueza y miseria*, Editorial Nuestro Tiempo, México 1967; Cordero, Salvador y Santín, Rafael, "Los grupos industriales: una nueva organización económica en México". Ed. El Colegio de México (Cuadernos del CES No. 23) México 1977; Luna, Matilde y Tirado, Ricardo, *Algunas consideraciones sobre el gran capital en México* (investigación mimeográfica).

Sobre el sector financiero en especial: Andersen, Leonall C., y Karnosky, Denis S., "El uso de los agregados monetarios para la aplicación de la política monetaria". Spellman, Lewis y Dieli, Robert, "Intermediación Financiera y Desarrollo Económico de México, 1966-1973" ambos en *Rev. Boletín del CELMA* (Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos) Vol. XXIV, Número 2, Marzo-Abril de 1978 (México); González Méndez, Héctor E., "Economías de Escala y Concentración Bancaria: El caso de México". en *Rev. Monetaria (CEMLA)*, Volumen 1, México 1981. Borja Martínez, Francisco T., "Reformas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares". *Jurídica*, No. 11, México 1979.

³⁸ Spellman y Dielli, *op. cit.*, p. 77.

³⁹ VII Censo de Servicios 1976, datos de 1975, Secretaría de Programación y Presupuesto. México 1979.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 93. Este autor hace referencia sólo a las entidades que operaban en banca de depósito, ahorro y fiduciario.

b) **Concentración según los activos.** En 1975, los diez primeros bancos de depósito (y sus bancos asociados) superaban el 85% del total del sistema. Sin embargo, este dato es relativo, pues una sola institución (BANAMEX) participaba con el 29.0% y la segunda (Sistema de Bancos de Comercio – BANCOMER –), con el 27.6%: los dos mayores (complejos) reunían más del 55% del total de activos del sistema bancario mexicano.⁴¹ En la actualidad, poco más de quince instituciones controlaban aproximadamente el 90% de los activos.

c) **Captación.** Los recursos de los ahorristas se han orientado también a los principales bancos, en parte por la mayor disposición de ventanillas de los mismos y la variedad en los servicios prestados.

Al igual que en los porcentuales precedentes, los datos estadísticos respecto al dinamismo de la concentración se pueden distorsionar como consecuencia de la acelerada transformación por fusión de banca especializada a banca múltiple de la mayoría de las instituciones en el periodo 1976-1978.

Se debe destacar, sin embargo, que en 1978 las dos principales instituciones financieras captaban más del 45% de los recursos de los ahorristas, “el control del 75% de los recursos bancarios ha pasado de 42 instituciones en 1950 a solamente 6 en 1979”,⁴² y se estima que por su propia dinámica en un plazo breve el mercado dejará a no más de 8 bancos con el 85% de los recursos del sistema.⁴³

d) **Prácticas monopólicas.** Si consideramos a los intereses como el precio que reciben los ahorristas por verse privados de una suma de dinero durante cierto periodo de tiempo, debe considerarse que la concentración de la actividad financiera, la reducción de los partícipes en el mercado y el control del mercado por un reducido número de los mismos es un típico caso de mercado monopólico que afecta a los inversores. La concentración de precios puede permitir la reducción de las tasas que se pagarán a los ahorristas (tasas pasivas) o incrementar las que se cobrarán a los demandantes de crédito.

En ambos casos esta concentración estaría contemplada como actividad delictiva por la legislación que prohíbe los monopolios (reglamentaria del artículo 28 constitucional) y el Código Penal de las distintas entidades federativas (artículo 253 en el caso del Código Penal del Distrito Federal). Sin embargo, es el mismo banco central (Banco de México, S.A.), quien suple a los particulares y, *al fijar tasas máximas de interés*, realiza una verdadera *concentración de precios*.

⁴¹ Baer, *op. cit.*, p. 83.

⁴² González Méndez, *op. cit.* p. 93.

⁴³ *Idem.*

Existe coincidencia en los analistas del mercado financiero mexicano en señalar que han sido factores sustanciales en la expansión de la banca mexicana, la protección respecto a la entrada de competidores y la fijación de precios máximos (tasas de interés) por parte del Banco Central. Digamos por último que la concentración no ha redundado necesariamente en abaratamiento del crédito o en mayor eficiencia del sector, ya que la derivada de la producción a escala tiene un nivel o tamaño mínimo; pero también uno máximo —superado el cual la eficiencia tiende a declinar— que ha sido superado por los bancos que mantienen el control del mercado. No ha sido logrado el mínimo, por otra parte, por un número importante de unidades.

e) Banca nacional y privada. Al igual que en el sector industrial, la banca paraestatal tiene una alta participación en el sector financiero y elevada concentración. Su rol ha sido sustitutivo y, con excepción de la banca mixta, no compete con la banca privada en la captación del ahorro nacional; se orienta en especial a canalizar inversiones financieras externas hacia el país y a financiar actividades consideradas de interés nacional con menores exigencias respecto a las garantías y tasas de intereses inferiores a las del mercado.⁴⁴

En 1975 la banca nacional tenía el 11.8% de las instituciones de crédito, pero ocupaba al 22.9% del personal —a quien pagaba un salario anual promedio de \$123,120, superior en un 15% al de la banca privada—; pero además había captado, al 31 de diciembre de dicho año, el 53.8% de los recursos del sistema.⁴⁵

7. La concentración en el sector industrial

1. Aparentemente el proceso de concentración en el sector secundario es similar o superior al del financiero, y produce serios efectos en la programación económica. Un diagnóstico oficial registra la existencia de este mercado oligopólico que contrasta —y afecta, según el mismo— la existencia de múltiples pequeñas empresas. Señala como características destacadas de diferenciación entre la gran empresa y las medianas y pequeñas, la disposición de tecnología, la capacitación de sus asalariados y un mejor acceso al mercado y al crédito por parte de la gran empresa; lo que determina mayores ingresos, capacidad de reinversión y por tanto una mayor tasa (po-

⁴⁴ Ver Bennett, Douglas y Sharpe, Keneeth, "El Estado como banquero y empresario: el carácter de última instancia de la intervención económica del Estado mexicano, 1917-1970", en *Foro Internacional*, México, vol. XX, núm. 1, Ed. El Colegio de México, 1979, pp. 29 y ss.

⁴⁵ VII Censo de servicios, *op. cit.*, nota 3.

sible) de crecimiento. Es decir, que las características propias de la gran empresa son un impulsor constante de la concentración.⁴⁶

Destaca el estudio la participación e influencia de la inversión extranjera directa en los sectores más concentrados y dinámicos de la producción industrial, atenuados en parte por la legislación vigente a partir de 1973 y la limitación de los estímulos a las empresas de mayoría de capital nacional. Advierte, sin embargo, que se deben evaluar en detalle los procesos de mexicanización de las empresas de mayoría de capital extranjero, pues en muchos casos no se verifica realmente una “transferencia efectiva del control y manejo de las sociedades a empresarios nacionales”.⁴⁷

2. Del análisis de los censos económicos de los últimos años surgen datos que confirman no sólo la tendencia hacia la concentración, sino también la dinámica interna que en parte lleva a la misma. El sector de bienes intermedios registraba en 1975 la mayor proporción de inversión en bienes de capital por persona ocupada — 150 mil pesos en activo fijo por persona ocupada —, ⁴⁸ también el mayor valor agregado por persona y el incremento más acelerado en sus actividades. La mayor eficiencia de las grandes empresas puede ser inferida también de datos relativos a la concentración regional; el 30.0% de los establecimientos industriales — ubicados en la zona metropolitana — empleaban el 33.9% del personal ocupado y generaban el 36.3% de la producción bruta.⁴⁹

Los datos macros referidos al proceso de concentración en el sector industrial confirman las características aludidas, así como la tendencia a su agudización. En el año 1970 los establecimientos denominados grandes y gigantes representaban el 0.7% del total censado, ocupaban el 29.5% del personal (muestra de su tamaño) y aportaban el 56.1% del valor de la producción (evidencia de su tecnología y eficiencia comparativa).

En 1975 un conjunto importante de unidades de producción se incorporó al grupo de grandes y gigantes, pasando a representar el 0.9% del universo; pero creció mucho más en los restantes guarismos, ocupando el 36.5% del personal y aportando el 62.3% del valor de la producción.

3. Es posible aventurar que los datos del censo de 1980 ratificarán la tendencia pues: a) el crecimiento de los niveles de producción ha

⁴⁶ *Plan Nacional de Desarrollo Industrial 1979-1982*, Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial, México 1979.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ El activo fijo se compone principalmente de maquinaria, equipo, edificios, muebles e instalaciones. Secretaría de Programación y Presupuesto, *Las Actividades Económicas en México*, México 1980.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 235.

sido sostenido, y muy dinámico en sectores oligopolizados; b) las políticas económicas no han afectado a los monopolios, por el contrario los han favorecido expresamente en muchos casos, y c) la constitución de *holdings* se ha acelerado en los últimos años, con gran difusión pública y favorecida en parte por la legislación vigente.⁵⁰

El proceso no ha favorecido sin embargo una mejor distribución del ingreso en el sector, siendo la tendencia de los últimos años de incrementos salariales por debajo de la tasa de inflación con importante deterioro del salario real promedio. En 1980 el personal ocupado en la industria manufacturera creció en 6.7% y la masa salarial real —deflactada— del sector sólo en 3.4%.⁵¹

8. *La concentración en el sector servicios*

Es también muy importante la concentración y centralización de capitales en el sector servicios —excluidos los financieros ya analizados—, si bien por la diversidad de actividades y de requerimientos de las mismas por su funcionamiento, el resultado del análisis estadístico debe ser relativizado. En 1975 se censaron 22 mil establecimientos de los cuales el 63.1% utilizaba personal que no recibía retribución y sólo 3 000 ocupaban más de 25 personas (1.2% del total de los establecimientos censados).

En relación al capital invertido en estas unidades de producción de servicios, los establecimientos que contaban con más de 50 millones de pesos de activos fijos brutos constituían sólo el 0.03% del total y controlaban el 29.6% de los activos y suponían el 12.2% del valor agregado. Los que tenían menos de 50 mil pesos de activos fijos brutos, que representaban el 81.4% del total, representan solamente el 5% de los activos y generan el 23.6% del valor agregado sectorial.⁵²

Las empresas que emplean más de 250 personas representan el 0.05% de establecimientos del sector, pero ocupan el 10.6% del personal remunerado.

9. *La concentración en el ingreso*

Si bien es un dato que no se encuentra vinculado directamente a la temática en análisis, consideramos que la elevada concentración

⁵⁰ En la reforma al Código Fiscal publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 29 de diciembre de 1981 se ha eliminado a las unidades económicas como sujetos pasivos de la relación tributaria, por ejemplo.

⁵¹ Banco de México, S.A., *Informe Anual*; respecto al deterioro del salario real en años anteriores, ver información periódica de la Dirección General de Estadística —Secretaría de Programación y Presupuesto.

⁵² Secretaría de Programación y Presupuesto, *Características del Sector Servicios*, México, 1980.

de capitales y los defectos de la legislación que los enfrenta es un factor decisivo en la tendencia a una distribución no equitativa del ingreso nacional. Según la información suministrada por organismos oficiales, el 5% de las familias con mayores percepciones obtenidas es el 25.45% del ingreso nacional, mientras el 10% de los más pobres sólo perciben el 1.08%.

En el lapso de nueve años entre dos encuestas no se verifican cambios sustanciales: en 1968 el 20% de las familias con mayores ingresos obtenía el 58.11% del ingreso, participación que se vio disminuida a 55.08% en 1977; en igual periodo la participación del 30% más pobre pasó de 6.46% a 6.52% del total del ingreso de México.

El mismo fenómeno se presenta a nivel geográfico, los ingresos promedios más elevados los registran Monterrey, el área metropolitana de la ciudad de México y Guadalajara, en ese orden.⁵³

10. *La concentración como proceso en el sector industrial manufacturero. Las mayores empresas*

Martínez y Jacobs⁵⁴ han realizado estudios estadísticos comparativos del periodo 1973-1978, relacionando el valor bruto de la producción con las ventas de las 50 y 200 mayores empresas. Un buen elemento que destaca en esta muestra es la sustancial diferencia de tamaño entre el primer grupo, que en 1973 facturaba el 10.8% del valor bruto de la producción y en 1978 el 14.4%, respecto a las 200 mayores (incluyendo las primeras 50) que representaban en 1973 el 14.8% y en 1978 el 20.4%.

Esta producción de un pequeño grupo (50) respecto del resto se explica, en parte, como ya fue expuesto, por la presencia de los grandes monopolios estatales, y de las grandes corporaciones con inversiones extranjeras, por otra. Sin embargo, en México el estudio de las corporaciones gigantes con inversión extranjera se debe completar con la existencia de los grandes grupos empresariales (agrupados a veces en *holdings*) que se asocia habitualmente a los capitales externos.

Se puede apreciar, sin embargo, que el proceso de agudización de la concentración muestra un mayor dinamismo en el grado de las finanzas (200). En este breve lapso el total del sector incrementó el valor de la producción en 237.8%; las primeras 50 empresas aumentaron su facturación en 350.5% y las primeras 200 en 364.8%⁵⁵

⁵³ Información de *La Distribución del Ingreso y del Gasto Familiar en México*, Secretaría de Programación y Presupuesto, México, 1979.

⁵⁴ Martínez, José de Jesús y Jacobs, Eduardo "Competencia y concentración: el caso del sector manufacturero, 1970-1975", en *Revista Economía Mexicana (C.I.D.E.)*, México, núm. 2, 1980, p. 140.

⁵⁵ *Idem*.

11. *¿Es posible una legislación antimonopólica eficiente?*

Es necesaria y posible una legislación que aborde eficientemente toda la problemática presentada por los monopolios, pero la misma no puede ser parcial y limitada exclusivamente a intentar remediar los efectos de mercados oligopólicos: acuerdos colusivos y actos que afectan la libre competencia. Si se deja subsistir la actual legislación tributaria financiera, de inversiones extranjeras, patentes y marcas y transferencia de tecnología, las diversas ramas de la producción y distribución seguirán presentando una permanente concentración industrial y mercantil.

Es necesario actuar al menos en las siguientes áreas:

1. *Favorecer el ingreso de empresas a mercado*, que se ve dificultado por cuanto se necesitan: volúmenes importantes de capital para poder producir a escala a precios competitivos, tecnología moderna y programas de ventas de la producción relativamente seguros.

Es preciso para ello democratizar el crédito, en manos actualmente de bancos privados que son ejes operativos de *holdings*. También facilitar el acceso de las empresas nacionales a las tecnologías modernas, favoreciendo el desarrollo científico-tecnológico local y la selección de la tecnología extranjera. Una política posible es el desarrollo de grandes empresas públicas que funcionen como terminales en aquellas ramas que así lo requieran, y empresas medianas y pequeñas privadas que las abastezcan, recibiendo tecnología y programas de adquisiciones.

A los mismos efectos, es necesaria una reforma profunda del estatuto sobre inversiones y tecnología, a la que haremos referencia luego.

2. Se debe revisar todo el derecho de la empresa; sistemas de propiedad y control, anonimato de las acciones, posibilidad de agrupamiento alrededor de *holdings*, participación en el mercado de valores, endeudamiento en moneda extranjera, etcétera.

3. *La reforma de la legislación financiera* debe incluir no sólo la vinculada al sector bancario, sino también la tributaria. Los grandes monopolios y *holdings* no son afectados por los gravámenes directos en forma progresiva, sino que la legislación actual favorece su expansión; propicia el régimen de empresas de familias con tendencia a endeudarse excesivamente — endeudamientos ficticios en favor generalmente de las mismas familias propietarias—. El derecho fiscal facilita, por otra parte, la evasión por parte de las empresas transnacionales, problema que deberá estudiarse en profundidad.

4. Legislación sobre producción —planeación y programación—, apropiación —patentes, certificados de invención, secreto industrial— y transferencia de tecnología; así como inversiones

extranjeras y marcas. Éstos son factores decisivos en el proceso de concentración y centralización monopólica que requieren una sistemática reelaboración en el orden normativo interno e internacional.

5. Sólo en este contexto y contando con un estudio analítico de relaciones sociales concretas, vinculadas tanto a la competencia interempresarial como a los objetivos estatales de producción y redistribución del ingreso, se puede abordar la temática que es objeto fundamental de este ensayo: la represión concreta a las actividades monopólicas lesivas de la concurrencia y perjudiciales para el conjunto de la sociedad.

Será necesario elaborar sistemas de investigación ágiles y adecuados, con funcionarios que disfruten de cierta autonomía y estabilidad; elaborar tipos penales y precios adecuados a la actual evolución de las corporaciones, así como un procedimiento administrativo y penal que contemple las características peculiares de los delinquentes económicos.

A todos estos efectos consideramos de gran utilidad el estudio del derecho comparado en la materia y a ello se debe el importante espacio que le hemos dedicado en esta colaboración.