

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE BARRERAS A LA COMPETENCIA Y LA LIBRE CONCURRENCIA E INSUMOS ESENCIALES.

Origen:

La reforma Constitucional en materia de acceso a la información, telecomunicaciones y competencia económica trajo consigo toda una nueva línea de acción para la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Esta línea de acción se encuentra particularmente plasmada en párrafo décimo cuarto del artículo 28 Constitucional y está relacionada con lo que coloquialmente se ha conocido como facultades incrementales, esto es, la oportunidad que tiene COFECE de ordenar la eliminación de las barreras a la competencia y libre concurrencia, así como de regular el acceso a insumos esenciales.

El texto Constitucional aludido es el siguiente:

Artículo 28 de la Constitución, párrafo décimo cuarto.

Adicionado el 11-06-13

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como *prevenir, investigar y combatir* los monopolios, las *prácticas monopólicas*, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La *Comisión* contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales; y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Como se puede apreciar del texto antes transcrito, si bien se plasmaron en nuestra Constitución tres nuevos conceptos, a saber, barreras a la competencia y libre concurrencia, insumos esenciales y desincorporación, dichos términos no fueron desarrollados. Lo que sí previó el texto Constitucional fue la facultad habilitante para que el legislador los determinara, a través de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante Ley).

Celebramos que ante la oportunidad que pudo haber tenido COFECE como autoridad autónoma para aplicar de lleno estos conceptos desde que entró en vigor el texto constitucional, en junio de 2013, haya sido cauta y tácitamente decidido no implementar su actuar en este sentido, asumo, hasta en tanto no tener el marco normativo completo que regula el tema. Situación que está a punto de ocurrir, tomando en consideración la inminente aprobación de las Disposiciones Regulatorias de la Ley que como Anteproyecto, sujetó a consulta pública la COFECE el pasado 10 de julio de 2014 (Anteproyecto).

Ahora bien respecto al tema que nos ocupa, Proceso Especial para determinar la existencia de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia e Insumos Esenciales, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados una iniciativa de la Nueva Ley Federal de Competencia Económica, proyecto que en realidad no sufrió cambios significativos en la Cámara de Origen. Por su parte la Cámara Revisora fue tal vez un poco más crítica al respecto. Por lo que hace a nuestro tema tanto la sociedad como los académicos y los sectores comerciales fueron muy críticos.

Diversas sugerencias se hicieron y la mayoría de ellas se orientaba a considerar la eliminación de estos conceptos y en consecuencia, del proceso que los regula. El principal argumento al respecto se centraba en el hecho de que este procedimiento especial frenaría la inversión ante el miedo empresarial de que su propiedad se viera vulnerada.

No obstante la crítica, lo que quedó plasmado en la ley que se publicó en mayo de este año, demostró que las sugerencias de supresión no fueron bienvenidas, salvo la parte correspondiente a la inclusión de los temas de ganancias en eficiencia, a la protección de las innovaciones tecnológicas y en particular, la aplicación legislativa del principio de “Ponderación” que ya se asomaba desde el propio texto Constitucional. Estas sugerencias tal vez no tomaron en cuenta el hecho de que los temas de barreras, regulación de insumos esenciales y desincorporación eran un hecho a nivel Constitucional.

Así las cosas, tenemos que empezar por establecer que el procedimiento especial relacionado con la determinación de barreras a la competencia y libre concurrencia e insumos esenciales y, en su caso, la desincorporación de activos es una realidad que tenemos que vivir, tal vez sufrir, tanto COFECE, como las autoridades públicas y los agentes económicos que puedan verse envueltos en un procedimiento de esta naturaleza.

Ya no se vale la crítica conceptual, tampoco vale voltearnos al análisis de derecho comparado y el amparo por la inconstitucionalidad de estos conceptos desde mi punto de vista resultaría inviable porque las barreras a la competencia y la libre concurrencia y la regulación de insumos esenciales son temas plasmados en nuestra Constitución.

Bajo estos parámetros, lo que resulta por demás interesante es tratar de entender lo más que sea posible, tanto los conceptos sustanciales involucrados, como el proceso que debe seguirse para imputaciones que traigan como consecuencia regulaciones especiales a agentes económicos.

Parte Adjetiva:

Por una cuestión de orden didáctico, considero importante plantear el tema empezando por la parte adjetiva para posteriormente abordar los temas sustantivos. Estando regulados estos temas a través de un Procedimiento Especial, nuestro primer esfuerzo es por

entender o reforzar nuestro conocimiento por aclarar por qué este procedimiento es tildado de Especial.

Los artículos 94 y 95 de la Ley establecen el procedimiento especial que deberá seguir COFECE para determinar la existencia de Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos.

Características Particulares del Procedimiento Especial.

El procedimiento especial previsto por el Artículo 94 de la Ley en términos generales consiste en: (i) un proceso de investigación y (ii) un procedimiento seguido en forma de juicio, con las particularidades que a continuación se detallan:

Proceso de investigación:

Puede comenzar únicamente cuando se encuentren elementos para suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado, y siempre con el fin de eliminar o prevenir la aparición de efectos anticompetitivos derivados de: (i) la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia, o (ii) el acceso inequitativo a insumos esenciales.

A diferencia del Proceso General, en donde el extracto del acuerdo de inicio de la investigación no tiene que publicarse previamente como ocurría en el pasado, en el Procedimiento Especial la publicación previa sigue siendo un requisito a cumplir por la Autoridad.

Concluida la investigación y sólo si hay elementos para determinar que no existen condiciones de competencia efectiva en el mercado investigado, la autoridad investigadora de COFECE emitirá, dentro de los sesenta días siguientes¹, un dictamen preliminar en donde dicha autoridad deberá proponer las medidas correctivas que considere necesarias para eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mercado investigado.

Existe una diferencia importante, en cuanto a plazos de investigación se refiere, entre el procedimiento general y el procedimiento especial. En el primero la autoridad tiene hasta 620 días para investigar y en el especial tiene hasta 360 días².

En la medida en que los días en ambos casos son hábiles, resulta que en el procedimiento especial la autoridad investigadora tiene hasta 1.5 años efectivos para llevar a cabo su investigación, plazo que contrasta con el que tiene el particular para contestar el dictamen emitido.

Procedimiento seguido en forma de juicio:

El dictamen preliminar se notifica a los agentes económicos que pudieran verse afectados por las medidas correctivas propuestas.

Los agentes económicos pueden manifestar lo que a su derecho conviene y ofrecer los elementos de convicción que estimen pertinentes, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación correspondiente. Transcurrido dicho término, se acuerda el desechamiento o la admisión de pruebas, y se fijan el lugar, día y hora para su desahogo.

¹ Plazo que no es diferente al previsto para el Procedimiento General conforme al artículo 78 de la Ley.

² En principio los plazos normales son los mismos, no menor de 30 días ni mayor de 120. La diferencia está en las ampliaciones permitidas para el Procedimiento General 4, y 2 para el especial (artículos 71 y 94 fracción I)

En el Procedimiento Especial no se le da vista a la Autoridad que solicitó la investigación.

Desahogadas las pruebas ofrecidas, dentro de los diez días siguientes, COFECE puede ordenar el desahogo de pruebas adicionales para mejor proveer, o bien, citar para alegatos, los cuales deben presentarse por escrito, dentro de los quince días siguientes, situación que no es diferente del Procedimiento General.

Cabe destacar que el agente económico involucrado puede proponer en una sola ocasión a COFECE, medidas idóneas y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia identificados, hasta antes de la integración del expediente. En caso de que el pleno de COFECE no acepte la propuesta presentada por el agente económico solicitante, debe justificar los motivos de la negativa y emitir, en un plazo de cinco días, el acuerdo de reanudación del procedimiento.

Una vez integrado el expediente, el pleno de COFECE debe emitir la resolución correspondiente, dentro de un plazo no mayor a sesenta días.³ La resolución de la COFECE puede incluir:

1.- En el caso de barreras regulatorias, emitir recomendaciones para las autoridades públicas competentes.

Lo anterior para que, en el ámbito de su competencia, y conforme con los procedimientos previstos por la legislación vigente, determinen lo conducente respecto a las disposiciones

³ En este caso el plazo de resolución en el Procedimiento Especial contrasta con el que se tiene en el Procedimiento General que es de 40 días (Artículo 83, Fracción VI)

jurídicas que, a juicio de COFECE, impiden o distorsionan indebidamente, la libre concurrencia y competencia en el mercado respectivo.

2.- Una orden al agente económico correspondiente, para eliminar una barrera que afecta indebidamente el proceso de libre concurrencia y competencia.

3.- La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación.

Posteriormente a la aplicación de la referida regulación especial, y siempre que a juicio del titular del insumo esencial hayan dejado de reunirse los requisitos para ser considerado como tal, éste puede solicitar a COFECE el inicio de una investigación especial. Si la Comisión determina que el bien o servicio ya no reúne los requisitos para ser considerado un insumo esencial, a partir de ese momento quedará sin efectos la resolución que hubiera emitido COFECE regulando el acceso al mismo.

La ironía del caso es que el Procedimiento Especial de Reversión de las medidas puede durar un tiempo significativo, y en el inter el Agente Económico estaría resistiendo una carga, tal vez económica, que no debería resentir. El Anteproyecto y la Ley no precisan nada al respecto y sin embargo, este es un tema que a la larga podría cobrar especial importancia.

4.- La desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones del agente económico involucrado, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos.

Cabe destacar que la desincorporación procede únicamente cuando otras medidas correctivas no son suficientes para solucionar el problema de competencia identificado, situación que obliga a la autoridad a motivar con mayor precisión tanto las diferentes opciones analizadas como la inviabilidad de las mismas para corregir las distorsiones del mercado.

En todos los casos, COFECE se encuentra obligada a verificar que las medidas propuestas generarán incrementos en eficiencia en los mercados, por lo cual no puede imponerlas cuando el agente económico haya demostrado que las barreras a la competencia y los insumos esenciales generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor.

En la parte atinente al procedimiento, resulta relevante comentar 2 temas:

1.- En la medida en que el marco de ley le otorga la oportunidad a COFECE de emitir resoluciones complejas, esto es, que en términos de una misma resolución se establezcan: (i) medidas a uno o varios agentes económicos y (ii) se le invite a alguna autoridad a modificar alguna disposición jurídica o a actuar dentro del ámbito de su competencia para lograr condiciones de competencia efectiva; ¿qué sucedería si llegara el día 16 posterior a la emisión y notificación de la resolución, y la atenta invitación a alguna otra autoridad no ha surtido efectos?

La reflexión lógica al respecto es que probablemente esa resolución sea imperfecta porque la invitación a la autoridad nunca surta efectos y sin embargo, en la parte relacionada con el agente económico, la misma ya quedo firme y por lo tanto es vinculatoria.

Parecería ser que en un orden de prioridades para lograr los objetivos deseados, el primer procedimiento a seguir esté relacionado con barreras a la competencia entendiendo por tales las restricciones normativas y posteriormente, proceder por los actos de los agentes económicos.

El tema no suena descabellado si se considera que precisamente esto es lo que ha operado en el análisis del sistema financiero, COFECE emitió una serie de recomendaciones para las autoridades regulatorias del sistema financiero, derivadas del estudio de mercado que realizó a dicho sector⁴, posteriormente el Banco de México hizo eco de las recomendaciones de COFECE⁵ y hasta la fecha, COFECE no ha emitido resolución que particularice, bien sea una práctica monopólica o una regulación a una barrera o insumo esencial, situación que podría ocurrir y que el propio documento emitido por COFECE advierte bajo el entendido que su análisis no constituye un prejujuamiento y que en su caso, podría ser motivo de un proceso ulterior.

2.- El otro tema que resulta por demás interesante está relacionado con la finalización de los trabajos que realice la autoridad investigadora en cada procedimiento en particular, y el refrendo de la autonomía de dicha autoridad por parte del Pleno de COFECE.

Hasta donde es nuestro conocimiento, en un Procedimiento General, conforme al Artículo 78 de la Ley se prevé que ante un posible escenario en donde la autoridad investigadora decida optar por cerrar el expediente por falta de méritos, el Pleno de COFECE establezca, con base en lo actuado en el expediente, el inicio de un procedimiento seguido en forma de juicio. Hasta aquí las cosas, la posición parece de lo más transparente y apegada a derecho. El problema surge cuando en los artículos 54 y 94 del Anteproyecto se le pretende obligar a la Autoridad Investigadora a que cambie su dictamen justamente en

⁴ Estudio publicado en la página de Internet de COFECE el 7 de julio de 2014.

⁵ Ver las modificaciones a diversas normas prudenciales emitidas por Banxico que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 3 de octubre de 2014.

sentido opuesto otorgándole un plazo adicional para modificar el primer dictamen elaborado.

El contenido de los referidos artículos del Anteproyecto en este aspecto, merece una gran reflexión si se considera que una parte toral de la reforma Constitucional está enfocada a la separación del ejercicio de las atribuciones de la autoridad investigadora y en consecuencia, a su autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones, así como a su independencia en cuanto a decisiones y funcionamiento se refiere, como lo disponen los artículos 26, 33 y 78 de la Ley.

Parte Sustantiva.

Abordados los que estimamos son los términos más relevantes de la parte adjetiva, procederíamos a reflexionar sobre la parte sustantiva de la determinación de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia e Insumos Esenciales y en particular, a analizar el rol que juega la ponderación dentro de este procedimiento.

Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia.

“**Artículo 3 de la Ley.** Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

IV. **Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia:** Cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia;”

Como podrá apreciarse a continuación, el Artículo 9 del Anteproyecto se limitó a repetir los elementos que ya consideraba el artículo 3º, Fr. IV de la Ley.

“ARTÍCULO 9. Para el análisis de la existencia de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia, se tomará en consideración, entre otros:

- I. El comportamiento del Agente Económico que pudiera tener por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar el proceso de competencia y libre concurrencia;
- II. Las características estructurales del mercado; y
- III. Los actos o disposiciones jurídicas emitidas por cualquier Autoridad Pública que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia”.

Revisaremos los alcances de las dos disposiciones antes transcritas. La definición de Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia no resulta tan afortunada si se considera que poca o casi nula es la experiencia internacional y que los términos definidos no otorgan claridad absoluta ¿Qué se debe entender por una característica estructural? Hasta donde yo sé, no existe una definición económica contundente pero parecería ser que cualquier característica inherente a un fenómeno económico aplicable a un mercado, puede ser una característica estructural.

De la mano se encuentra la denominada “falla estructural de un mercado”, entendiendo por tal, las características de los bienes y servicios transactados y/o de los mercados (incluyendo las institucionales y legales) que impiden que la asignación de bienes y servicios sea eficiente. Es decir que existe otra asignación de bienes y servicios tal que por lo menos un participante esté en una mejor situación sin que nadie empeore (la nueva asignación se califica de Pareto superior).

Las causas más conocidas de fallas estructurales de mercado son:

- Preferencias intertemporales inconsistentes. Una persona con preferencias intertemporales inconsistentes persigue objetivos hoy incluso si resultan no satisfactorios mañana. En consecuencia, toma decisiones que NO maximizan su utilidad durante toda la vida (o el periodo de planeación). Al valor “demasiado” el instante presente, una persona con preferencias intertemporales inconsistentes toma decisiones de las que se arrepiente posteriormente.
- Asimetrías de información. Este problema ocurre cuando parte de los participantes tienen un “monopolio de la información” del que se puede aprovechar, véase el estudio de mercado de COFECE en materia de las instituciones financieras publicado el 7 de julio de 2014 en su página de Internet.
- Problemas de agente principal. Este problema surge cuando existe una asimetría de información y de intereses entre dos partes que se relacionan de suerte que el “agente” no necesariamente maximizará los intereses del principal. Los problemas de riesgo moral y de conflictos de intereses son los más evidentes.
- Externalidades. Las externalidades son efectos indirectos (positivos o negativos) de las actividades de consumo y/o producción que recaen sobre agentes económicos distintos del originador de tales actividades y que no son totalmente compensados por el sistema de precios. Existen externalidades cuando los costos o los beneficios privados difieren de los costos o los beneficios sociales de suerte que los equilibrios de mercado no son Pareto óptimos.
- Bienes públicos. Los bienes públicos son aquellos tales que el uso de ese bien o servicio por una persona no substraerá del uso por otros haciendo de nuevo que el sistema de precios no sea apropiado para regular su producción/distribución y consumo.

En fin, el tema de características estructurales estimo tendrá que pasar la prueba de fuego y ser reflexionado por nuestra autoridades judiciales, de tal suerte que no quede en el fuero interno de COFECE la oportunidad de establecer que toda característica económica

de un mercado pueda llegar a constituir una falla estructural.

El segundo concepto contenido en la definición de barreras a la competencia y libre concurrencia si bien resulta ser más claro, se acerca de manera importante a definir una práctica monopólica relativa, un elemento de valoración del mercado relevante o una barrera de entrada. En términos de la fracción XI del artículo 56 de la Ley, la fracción II del artículo 58, así como de la fracción V del artículo 59 de la Ley, esta última relacionada con la determinación de poder sustancial en función del comportamiento reciente del o de los agentes económicos que participan en el mercado, y ante tal situación, la interrogante que surge es ¿exactamente cuándo la autoridad aplicará un dispositivo y en consecuencia un procedimiento sancionador, y cuándo el procedimiento regulador?

El tercer concepto, relacionado con normatividad emitida por autoridades públicas deja entrever un criterio ya plasmado en el artículo 58, Fr. IV de la Ley y que el Anteproyecto recoge como barrera a la entrada conforme a la fracción VII del artículo 5º.

De todo lo anterior se desprende que el concepto de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia no está tan alejado del concepto de barreras a la entrada para determinar el poder sustancial en el mercado relevante, y tampoco está tan distante del concepto específico aplicable a la práctica monopólica relativa prevista por el Artículo 56, Fr. XI de la Ley⁶. Bajo estos parámetros parecería resultar que, en alguna medida será la autoridad la que finalmente determine, en el caso en concreto, qué procedimiento seguir ante una eventual situación particular.

⁶ “Artículo 56. Los supuestos a los que se refiere la fracción I del artículo 54 de esta Ley, consisten en cualquiera de los siguientes:

XI. La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos;”

Hay personas que podrían considerar que ante la necesidad de que exista una solicitud de investigación especial, el caso se tendría que constreñir a un procedimiento especial; pero ¿qué pasaría si tras el análisis previo al inicio de una investigación, COFECE la estimara improcedente para iniciar un procedimiento especial y sin embargo, decidiera iniciar un procedimiento general en atención a las circunstancias del caso?

El tema sonaría tal vez irrelevante, pero cobra toda la importancia si se reflexiona sobre el alcance de un procedimiento o de otro. En el general, va en juego una multa que podría ser millonaria al pretender castigar una práctica prohibida y en el especial no, toda vez que se encamina a eliminar situaciones o conductas lícitas para promover el funcionamiento más eficiente de determinado mercado.

El procedimiento general respecto a prácticas monopólicas relativas se centra en determinar: (i) el poder sustancial dada una definición específica de mercado (artículos 58 y 59 de la Ley); (ii) la práctica monopólica materializada, y (iii) la sanción aplicable consistente en un hacer, un no hacer, así como en la imposición de una multa.

En el procedimiento especial la autoridad procede a establecer: (i) la falta de condiciones de competencia efectiva (atento a los mismos artículos antes referidos para el procedimiento general); (ii) los hechos o actos que impiden la competencia o distorsionan los mercados, y (iii) la regulación específica que corrija el proceso de competencia y libre concurrencia, pero sin establecer multa o sanción alguna.

No podemos pasar por alto el contenido de la Ley en cuanto a la forma y términos en que la mitigación del daño a la competencia en los procedimientos especiales, debe llevarse a cabo.

“Artículo 57 de la Ley. La Comisión proveerá lo conducente para prevenir y eliminar las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, a través de los procedimientos previstos en esta Ley.”.

Los dos subrayados merecen un comentario en particular, el primero está en función del abanico de oportunidades que de este texto derivan. Se le está otorgando a COFECE la facultad amplísima de establecer cualquier tipo de medida de mitigación. Quizá este texto amplio tenga su racional en el hecho de que ante la existencia de un sinfín de mercados, establecer un catálogo resultaría siempre con saldo deudor. En el caso de telecomunicaciones en cambio, la ley aplicable contiene un catálogo específico de medidas correctivas que podrá dictar la autoridad.

El contrapeso de lo anterior derivó, a posteriori de la iniciativa, de los esfuerzos de diversos grupos durante el proceso legislativo, donde se logró incluir un elemento clave de ponderación, a fin de que “proveer lo conducente” fuera tan sólo lo suficientemente grande para “eliminar el efecto anticompetitivo”, situación que obliga a la autoridad a determinar el problema de competencia en particular, así como el remedio idóneo al mismo.

Insumo Esencial.

Ahora bien, tratándose del concepto de insumo esencial, no nos sorprende que nuestro legislador no haya entrado de lleno a definirlo. Ha sido recurrente la práctica legislativa de enunciar características o ejemplos en vez de darse a la tarea de hacer una definición concreta. El caso más típico es el artículo 75 del Código de Comercio, que tampoco define al acto de comercio, y en su lugar establece un catálogo que precisa dicho concepto por el fin, por el objeto o por las personas que intervienen dentro del mismo.

Pues precisamente utilizando esta misma “técnica”, nuestra nueva Ley procede a abundar sobre el tema de insumos esenciales, mediante un catálogo de características. A continuación se transcribe el artículo referido:

“Artículo 60 de la Ley. Para *determinar la existencia de insumo esencial*, la *Comisión deberá considerar*:

I. Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones;

II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;

III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;

IV. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo, y

V. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.”

La última fracción no precisa una característica, más bien establece una facultad habilitante para que la propia COFECE abunde sobre el tema en las Disposiciones Regulatorias, situación que COFECE utilizó adecuadamente para prevenir el desánimo de los

empresarios ante la oportunidad de que sus bienes, fruto del esfuerzo, la tecnología y la inversión, fueran inadecuadamente regulados.

A continuación se transcribe el artículo aplicable del **Anteproyecto**:

“ARTÍCULO 8. Para efectos de la fracción V del artículo 60 de la Ley la Comisión deberá considerar si permitir el uso del insumo por parte de terceros generará eficiencia en los mercados”.

El tema es de vital importancia porque COFECE se autoimpuso la carga de demostrar que la medida a imponer es adecuada, carga cuya auto imposición no nos sorprende si se considera que estamos hablando de un tema de “restricción del derecho a la propiedad individual y la libertad de empresa”, así como de seguridad jurídica, basado en la necesidad de tutelar un derecho humano colectivo sustentado por el artículo 28 Constitucional, pero sujeto al escrutinio de la ponderación.

Parecería ser que las pistas son escasas, pero si revisamos todos y cada uno de los textos legales aplicables en materia de barreras a la competencia y la libre concurrencia y de los insumos esenciales, llegaremos a la conclusión de que: (i) el ejercicio de estas facultades es extraordinario; (ii) que implica la valoración de diversos derechos humanos que pueden contraponerse, y (iii) que para la correcta armonización de los mismos será preciso que tanto la causa objetiva del actuar de COFECE como el remedio regulatorio sean medidos, situaciones que estimo sólo se lograrían mediante el uso de la ponderación por parte de COFECE.

Así, ponemos de relieve las pistas a las que nos referimos:

Artículo 28 Constitucional, párrafo décimo cuarto:

“El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”.

“**Artículo 57 de la Ley.** La Comisión proveerá lo conducente para prevenir y eliminar las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, a través de los procedimientos previstos en esta Ley.”.

“**Artículo 60 de la Ley.** Para *determinar la existencia de insumo esencial*, la Comisión *deberá considerar*:

II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;

III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;

IV. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo⁷, y

"ARTÍCULO 8 del Anteproyecto. Para efectos de la fracción V del artículo 60 de la Ley la Comisión deberá considerar si permitir el uso del insumo por parte de terceros generará eficiencia en los mercados".

"Artículo 94 de la Ley. La Comisión iniciará de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado y con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:

III. Concluida la investigación y si existen elementos para determinar que no existen condiciones de competencia efectiva en el mercado investigado, la Autoridad Investigadora emitirá, dentro de los sesenta días siguientes a la conclusión de la investigación, un dictamen preliminar; en caso contrario, propondrá al Pleno el cierre del expediente.

Al emitir el dictamen preliminar, se deberán proponer las medidas correctivas que se consideren necesarias para eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mercado investigado, para lo cual podrá solicitar, en su caso, una opinión técnica no vinculatoria a la dependencia coordinadora del sector o a la Autoridad Pública que corresponda respecto de dichas medidas correctivas.

⁷ Dentro del Dictamen de la Cámara de Diputados a la Iniciativa de Nueva Ley Federal de Competencia Económica, los diputados precisaron que COFECE deberá ponderar si el control de insumo esencial deriva por ejemplo de la innovación tecnológica, a fin de evitar que la misma sea desincentivada.

En su caso, el dictamen preliminar se deberá notificar a los Agentes Económicos que pudieran verse afectados por las medidas correctivas propuestas, entre ellas las posibles barreras a la competencia o por la regulación para el acceso al insumo esencial, así como, en su caso, a la dependencia coordinadora del sector o a la Autoridad Pública que corresponda;

VII. El expediente se entenderá integrado a la fecha de vencimiento del plazo para formular alegatos. El Agente Económico involucrado podrá proponer a la Comisión, en una sola ocasión, **medidas idóneas y económicamente viables** para eliminar los **problemas de competencia identificados** en cualquier momento y hasta antes de la integración.

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del escrito de propuesta de medidas al que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá prevenir al Agente Económico para que, en su caso, presente las aclaraciones correspondientes en un plazo de cinco días. Dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito de propuesta o de aclaraciones, según el caso, se presentará un dictamen ante el Pleno, quien deberá resolver sobre la pretensión del Agente Económico solicitante dentro de los veinte días siguientes.

En caso de que el Pleno no acepte la propuesta presentada por el Agente Económico solicitante, **deberá justificar los motivos de la negativa** y la Comisión emitirá en un plazo de cinco días el acuerdo de reanudación del procedimiento.

Una vez integrado el expediente, el Pleno emitirá la resolución que corresponda en un plazo no mayor a sesenta días.

La resolución de la Comisión podrá incluir:

- b) Una orden al Agente Económico correspondiente, para eliminar una barrera que afecta indebidamente el proceso de libre competencia y competencia;
- c) La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación, o
- d) La desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones del Agente Económico involucrado, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, procederá cuando otras medidas correctivas no son suficientes para solucionar el problema de competencia identificado.

...

Cuando a juicio del titular del insumo esencial, hayan dejado de reunirse los requisitos para ser considerado como tal, podrá solicitar a la Comisión el inicio de la investigación prevista en este artículo, con el objeto de que la Comisión determine si continúan o no actualizándose dichos requisitos.

Si la Comisión determina que el bien o servicio no reúne los requisitos para ser considerado un insumo esencial, a partir de ese momento quedará sin efectos la resolución que hubiera emitido la Comisión regulando el acceso al mismo.

...

En todos los casos, la Comisión deberá verificar que las medidas propuestas **generarán incrementos en eficiencia** en los mercados, por lo que no se impondrán éstas cuando el Agente Económico con interés jurídico en el procedimiento demuestre, en su oportunidad, que las barreras a la competencia y los insumos esenciales generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor. Entre las ganancias en eficiencia se podrán contemplar las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.”

“**ARTÍCULO 96 del Anteproyecto.** El escrito mediante el cual el Agente Económico involucrado proponga a la Comisión **medidas idóneas y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia** a que hace referencia la fracción VII del artículo 94 de la Ley deberá contener, al menos, la siguiente información:

- I. Programa o plan de implementación y ejecución de medidas correctivas, el cual deberá incluir **acciones claras, efectivas y viables**, así como las fechas específicas para su cumplimiento;
- II. Propuestas de mecanismos de supervisión verificables; y
- III. Proporcionar elementos de convicción que acrediten que las **medidas propuestas se podrían materializar y serían suficientes para eliminar los problemas de competencia identificados.**”

De la lectura de los artículos anteriores se desprende claramente que, **COFECE deberá ejercer sus facultades incrementales únicamente en la medida que esto sea necesario para eliminar los efectos anticompetitivos derivados de la Barrera a Competencia y la Libre Concurrencia o del control del insumo esencial de que se trate.**

De ahí se evidencia también el que COFECE tendrá que llevar a cabo un ejercicio de ponderación al aplicar las medidas correctivas a los agentes económicos.

El concepto de ponderación deviene del latín *pondos*, que significa peso. Cuando una autoridad pondera, su función consiste precisamente en pesar o sopesar dos o más principios de la misma jerarquía (en nuestro caso constitucional) que colisionan en un caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada. Es decir, cuando COFECE pondere dentro de un procedimiento especial, deberá sopesar los derechos constitucionales en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos (de ser posible), o bien, de definir cuál ha de prevalecer en el caso concreto.

Es bien sabido que las normas que contienen principios y no reglas, como es el caso de los artículos analizados, no determinan lo que debe hacerse, sino que obligan a realizar algo en la mayor medida posible, dentro de las alternativas tanto jurídicas, como reales existentes.

Conforme con la teoría de la ponderación, para establecer la mayor medida posible de la realización de los fines contenidos en los principios/derechos humanos que colisionan, se requiere la confrontación de principios opuestos, en este caso: el funcionamiento eficiente de determinado mercado vs. la libre competencia, la libertad de empresa, así como los derechos particulares del agente económico respectivo sobre: (i) determinado insumo esencial; (ii) los activos, derechos o partes sociales que COFECE determine que deben desincorporarse para eliminar los efectos anticompetitivos detectados dentro del procedimiento especial, o bien, (iii) los elementos que a juicio de Cofece constituyen barreras a la libre competencia y competencia económica generados o mantenidos por el agente económico en turno.

Desde los orígenes del derecho constitucional alemán, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que deben observarse para que cualquier intervención estatal en los derechos fundamentales sea considerada constitucionalmente legítima. Dichas reglas son las siguientes:

Idoneidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la adecuada para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Necesidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse en la medida más favorable para el derecho intervenido, de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar su objetivo.

Proporcionalidad en sentido estricto: la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. Esto es, las ventajas que la sociedad en general obtenga mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular.

Mediante la ponderación se establece una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, la cual consiste en una relación valorativa establecida por el intérprete a través de un juicio de valor; y como resultado de la valoración, el principio considerado superior en dicha jerarquía valorativa, para el caso en particular, desplaza al otro y resulta aplicable. De este elemento subjetivo, consistente en una jerarquía valorativa móvil, surge la importancia de que el Pleno de COFECE funde y motive suficientemente las medidas regulatorias especiales que llegue a imponer a los agentes económicos, es decir, señalando todos y cada uno de los razonamientos tenidos en cuenta para fijar la medida concreta, incluyendo el resultado de la valoración axiológica, así como la manera en que se actualizan los subprincipios del principio de proporcionalidad en el caso en particular, pues

sólo este ejercicio permitirá a los tribunales especializados revisar la razonabilidad de cada una de las resoluciones que COFECE emita al efecto.

Es así como la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio permitirá que la afectación de los derechos fundamentales de los agentes económicos, vía medidas regulatorias especiales, sólo se realice cuando dicha restricción se muestre adecuada a los fines del funcionamiento eficiente de los mercados (subprincipio de adecuación), en virtud de que COFECE no dispone de otros medios igualmente efectivos y menos lesivos de los derechos del agente económico respectivo (subprincipio de necesidad), y de que el perjuicio ocasionado a la persona, no es excesivo frente a la importancia del fin relativo al funcionamiento eficiente de los mercados (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto).

Sobre este punto, conviene tener también en cuenta los criterios de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad en materia de restricción de derechos humanos fijados por la SCJN, los cuales se exponen a continuación como criterios de ponderación que COFECE deberá tener en cuenta al aplicar las referidas medidas correctivas, a fin de que sus resoluciones sean conformes con la Constitución y con los principios de consistencia y coherencia que rigen nuestro sistema jurídico.

"RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. **Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria** (énfasis añadido). Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta

Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que **el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales** (énfasis añadido); y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe **respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales** (énfasis añadido) que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional **no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos** (énfasis añadido). Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, **incluidas las normas internacionales de derechos humanos** (énfasis añadido), y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática”⁸.

De los criterios emitidos por la SCJN se desprende que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijarse el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: **a) perseguirse una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria**, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y **d) estar justificada en razones constitucionales**. Es decir, debe ser **razonable**, de tal

⁸ “[J]; 10a. Época; 1a. Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 533”.

forma que **cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.**

Esta situación también es acorde con el principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder, ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

Si bien la jurisprudencia citada se dirige al legislador por ser quien ordinariamente emite normas con efectos generales que detallan o restringen el ejercicio de los derechos fundamentales de los gobernados, se estima que COFECE en el caso de las medidas regulatorias especiales está obligada a cumplir, con toda precisión y diligencia, con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad contenidos en la jurisprudencia, pues las nuevas facultades —otorgadas mediante los artículos 28 constitucional y 94 de la Ley— contienen principios constitucionales en colisión que deben ser ponderados, antes de llevar a cabo la restricción de los derechos fundamentales de un agente económico en particular, máxime que de la interpretación armónica de los Artículos 28 constitucional, fracción VII, y 217 de la Ley de Amparo, se desprende claramente que la jurisprudencia emitida por la SCJN, como el caso de la analizada, resultaría obligatoria para COFECE, al ser una autoridad ante la cual se tramita un procedimiento seguido en forma de juicio, cuya resolución definitiva es impugnable únicamente mediante el juicio de amparo indirecto.

Lo anterior resulta más evidente al tener en cuenta que el propio Artículo 104, fracción I de la Ley, reconoce expresamente los precedentes judiciales como parte del marco jurídico aplicable a COFECE y a los agentes económicos, en materia de libre competencia y competencia económica.⁹

⁹ **“Artículo 104.** Cualquier Agente Económico podrá solicitar a la Comisión una opinión formal en materia de libre competencia y competencia económica cuando se refiera a la aparición de cuestiones nuevas o sin resolver en relación con la aplicación de esta ley y considere que es un tema relevante.

Conclusión.

De todo lo anterior se concluye que para que COFECE ejerza adecuadamente sus 3 nuevas facultades incrementales, deberá realizar un ejercicio de ponderación sujeto a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; respetar en todo momento las garantías de seguridad jurídica de los agentes económicos, su privacidad, la garantía de inviolabilidad del domicilio, y los principios de consistencia y coherencia que rigen al sistema jurídico mexicano.

Por otro lado, que los agentes económicos deberán implementar un plan de cumplimiento corporativo integral que les permita atender cualquier requerimiento por parte de la autoridad de manera eficiente, y que comprenda al menos manuales que puntualicen el qué hacer para atender un procedimiento general o especial de cara a una visita de verificación para lo cual el conocimiento y aplicación de las normas en materia de competencia económica y manejo y resguardo de su información son esenciales

Creo que todo ello, sumado a nuestro esfuerzo de constante capacitación y actualización como asesores legales de ambos actores, nos permitirá a todos avanzar a pasos firmes dentro de esta nueva ruta de la competencia económica en México.

Luis Monterrubio

Socio Director

Noriega y Escobedo, A.C.

Email: lmonterrubio@nye.com.mx

La Comisión emitirá la opinión formal cuando se cumplan los siguientes requisitos:

I. Que la evaluación sustantiva de una conducta a efectos de la aplicación de esta ley plantee una cuestión para la que el **marco jurídico aplicable, incluidos los precedentes judiciales**, no brinde aclaración alguna o para la que no haya directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos u orientaciones generales públicamente disponibles, ni precedentes en la práctica decisoria de la Comisión, ni opiniones formales y específicas en materia de libre competencia y competencia económica previas;"