

## CIMIENTOS FIRMES ANTE UNA NUEVA ESTRUCTURA ANTI-MONOPOLIOS.

**Autores: Luis Monterrubio y Alejandrina García.**

El pasado 12 de junio de 2013 entró en vigor el nuevo artículo 28 constitucional, mismo que entre otros aspectos: (i) dotó de nuevas pero sobre todo amplias facultades a la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo COFECE); (ii) desapareció el recurso de reconsideración y (iii) estableció que frente a las resoluciones de COFECE, sólo procederá el juicio de amparo indirecto sin derecho a solicitar la suspensión, salvo en aquellas resoluciones que contengan en sus resolutivos, multas o esquemas de desincorporación para los agentes económicos involucrados<sup>1</sup>.

Conforme a la fracción X del artículo tercero transitorio y al artículo séptimo transitorio del Decreto de reforma constitucional, el Congreso de la Unión tenía un plazo de 180 días naturales contados a partir del 12 de junio de 2013, es decir, hasta el 12 de diciembre de 2013 para aprobar las reformas y adiciones legales necesarias para implementar a nivel secundario el nuevo contenido del artículo 28 constitucional, en el entendido que todas las disposiciones contrarias al decreto de reforma quedaron derogadas desde el 12 de junio de 2013.

Asimismo, el pasado 11 de septiembre de 2013 rindieron protesta los nuevos comisionados de COFECE y el 19 de ese mismo mes y año se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Estatuto Orgánico de la COFECE (Estatuto), el cual entró en vigor en esa misma fecha<sup>2</sup>.

En virtud de lo anterior, surgió la inquietud de analizar si la COFECE estaba en posibilidad de ejercer sus nuevas facultades, basándose principalmente en el Estatuto, sin una ley y un reglamento que desarrollaran el texto actual del artículo 28 constitucional.

---

<sup>1</sup> El presente ensayo fue terminado de escribir el 26 de febrero de 2014, fecha en la que la Iniciativa de Nueva LFCE no había sido aún discutida por ninguna de las Cámaras del Congreso de la Unión.

<sup>2</sup> Salta a la vista que para efectos del tema de integración a la fecha de emisión del Estatuto faltaba por nombrar a un comisionado.

Al efecto, nos formulamos las siguientes preguntas: (i) ¿está autorizado el Pleno de la Comisión a aplicar de manera directa el artículo 28 constitucional sin que exista una regulación secundaria ex profeso que detalle sus nuevas facultades?; (ii) ¿deberán aplicar la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y el Reglamento de la LFCE (RLFCE) actuales haciendo una interpretación de los mismos conforme al texto actual de la Constitución pero sin ir más allá de lo que la LFCE les permite actualmente?

Sobre el particular, el último párrafo del artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional textualmente señala lo siguiente:

***"Si no se hubieren realizado las adecuaciones al marco jurídico previstas en el artículo Tercero Transitorio a la fecha de la integración de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, éstos ejercerán sus atribuciones conforme a lo dispuesto por el presente Decreto y, en lo que no se oponga a éste, en las leyes vigentes en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones."***

En ese contexto, debe decirse que las respuestas a ambas preguntas resultaron afirmativas.

En efecto, de lo dispuesto por el referido artículo séptimo transitorio es claro que, como a la fecha de publicación de este ensayo no se han realizado las adecuaciones a la LFCE y sólo existe una iniciativa de Decreto por el que, en su caso, se expediría la Nueva Ley Federal de Competencia Económica y se reformaría el artículo 254 Bis del Código Penal Federal, misma que fue enviada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, el pasado 19 de febrero de 2014 (en lo sucesivo Iniciativa Nueva LFCE), el Pleno está facultado para aplicar de manera directa el texto actual del artículo 28 de la Constitución a los casos que se les presenten, sin perjuicio de aplicar la LFCE y el RLFCE, en lo que no se opongan a dicho texto constitucional.

Sin embargo, la aplicación directa del artículo 28 constitucional no debe hacerse de una manera arbitraria.

En este sentido, una lectura adecuada del derecho transitorio obliga al Pleno de la COFECE a hacer una aplicación directa del texto constitucional, respetando los principios de consistencia y coherencia que permiten la aplicación integral de un ordenamiento jurídico.

Así, el principio de consistencia exige que las nuevas facultades establecidas en el texto actual del artículo 28 de la Constitución sean ejercidas por el Pleno de la Comisión sin violentar el resto de los principios que consagra nuestra carta magna, tales como: fundamentación y motivación, garantía de audiencia, debido proceso legal, seguridad y certeza jurídica, entre otros.

Por su parte, el principio de coherencia constriñe que el ejercicio de las atribuciones que se desprenden directamente de nuestra ley fundamental debe encaminarse a la realización de los fines que promueve y protege la norma constitucional.

Ambos principios fungen entonces como un límite al ejercicio de las nuevas facultades de COFECE y asimismo, como una salvaguarda a los derechos humanos y garantías constitucionales de los agentes económicos.

Por todo lo anterior se hace evidente que para respetar dichos principios, el Pleno de la Comisión deberá ejercer las facultades que directamente les confiere la Constitución en su actual artículo 28, a partir de los procedimientos previstos por la LFCE y el RLFCE, en lo que no se opongan al texto constitucional.

En ese tenor sería conveniente resaltar que las facultades constitucionales que tiene COFECE como autoridad frente a los agentes económicos, se han ejercido hasta ahora observando algunos de los criterios y consideraciones que a continuación se exponen.

Las nuevas facultades ya tienen cierto contenido material en la LFCE. La reforma no precisa si son o no nuevas pero la reflexión al respecto sería ¿qué sentido tendría precisar facultades en el texto constitucional, si no fueran diferentes a las que hasta antes de la reforma les brindaba la legislación aplicable?

La Iniciativa Nueva LFCE aclara el punto, efectivamente son nuevas las facultades y como tales, fueron objeto de regulación adicional.

Así las cosas, este ensayo elaborará primeramente cómo es que las nuevas facultades ya estaban incorporadas en nuestro sistema y, en consecuencia, eran aplicadas. Posteriormente se analizará la oportunidad de aplicarlas con o sin un previo desarrollo de la ley secundaria que regula la materia y, finalmente haremos alguna reflexión sobre la aplicación de un marco de competencia económica al amparo de la Iniciativa Nueva LFCE.

Baste de momento decir que celebramos el que la Iniciativa Nueva LFCE, de acuerdo a su exposición de motivos, descansa en tres parámetros: (i) la reforma constitucional; (ii) la experiencia generada a lo largo de veinte años de aplicación de una política de competencia, y (iii) las mejores prácticas internacionales.

### **I. La efectiva aplicación de las tres nuevas facultades con el actual marco legislativo, aún no modificado.**

Conforme a los considerandos 4, 5 y 6 del Estatuto, COFECE sustenta la aplicación directa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en el propio artículo séptimo transitorio del decreto de reforma constitucional en materia de competencia económica, y con base en ello es que emite dicho Estatuto, en donde desarrollan o puntualizan sus bases de operación. Es decir, la forma en la que COFECE aplicará el nuevo artículo 28 de la CPEUM y la LFCE a partir del 19 de septiembre de 2013. Cabe aclarar que conforme a los considerandos se deja ver la oportunidad de que el Estatuto sea modificado en atención a las adecuaciones que en su momento el Congreso de la Unión realice al marco jurídico secundario que prevalezca en la materia.

Se resalta que en la redacción del Estatuto la actividad de la Comisión no fue menor, realizó una detallada asignatura de los procesos previstos en ley y las facultades contenidas a nivel constitucional para zanjar cualquier cuestionamiento relacionado con las atribuciones correspondientes a los órganos y funcionarios involucrados. Es más, estableció puntualmente qué funcionarios tienen facultades para iniciar controversias constitucionales y determinó la forma y términos en que los agentes económicos podrán tener acceso a los Comisionados sin vulnerar los derechos de otros agentes económicos involucrados en el procedimiento. Es así como el Estatuto mantendrá el estatus quo, permitiendo a los agentes económicos llevar a cabo las denuncias y procedimientos hoy previstos en ley, con seguridad en cuanto al marco jurídico vigente.

No obstante lo anterior, las facultades que le otorga el nuevo artículo 28 de la CPEUM a COFECE consistentes en: a) ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y libre concurrencia; b) regular el acceso a insumos esenciales, y c) ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos, así como los supuestos, términos y condiciones en los que estas últimas resultarán aplicables, no fueron detallados por el referido Estatuto, limitándose dicho ordenamiento a transcribir este apartado del artículo 28 constitucional.

Por lo anterior y dado que los supuestos, términos, condiciones y criterios tanto interpretativos como de aplicación de las 3 nuevas facultades de COFECE permanecen aún indeterminados, a continuación se señala cómo es que modalidades de dichas facultades, ya estaban reguladas a nivel secundario.

### **I.1. Ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y libre concurrencia.**

Algunas de las modalidades en las que se considera que la COFECE ha aplicado esta facultad desde antes de la entrada en vigor de la reforma al artículo 28 constitucional y que se espera siga utilizando, dado que fueron retomadas por el Estatuto consisten en: opiniones vinculatorias y no vinculatorias, así como en propuestas de liberalización, desregulación y modificación normativa dirigidas principalmente a la administración pública federal, tendientes a prevenir o a eliminar barreras de carácter programático o regulatorio o bien, a promover su eliminación<sup>3</sup>.

La COFECE también ha aplicado esta facultad desde antes de la entrada en vigor de la reforma al artículo 28 constitucional a través de dictámenes no vinculatorios en materia de normas o actos contrarios a los principios constitucionales en materia de comercio interestatal emitidos por autoridades estatales o municipales, tendientes a coadyuvar con el órgano competente del Ejecutivo Federal o el

---

<sup>3</sup> Como ejemplo de opiniones vinculatorias en este tema se encuentran el Art. 11, Fr. I del Estatuto y el Art. 24, Frs. VI y VIII de la LFCE.

Entre las opiniones no vinculatorias destacan el Art. 11, Fr. I del Estatuto y el Art. 24, Frs. VII, X y XI de la LFCE.

Por su parte, las propuestas de liberalización, desregulación y modificación normativa están reguladas en el Art. 11, Fr. I del Estatuto y el Art. 24, Fr. XVIII bis 2 de la LFCE.

Procurador General de la República, a fin de que estos últimos puedan ejercitar la acción constitucional correspondiente en caso de estimarlo procedente<sup>4</sup>.

## **I.2. Regular el acceso a insumos esenciales.**

La regulación de esta facultad en el pasado parece haber estado relacionada con el establecimiento de medidas protectoras y promotoras, así como con lineamientos vinculatorios dirigidos a la administración pública federal tendientes a regular tanto el acceso de los particulares a concesiones y permisos otorgados por el Gobierno Federal, como a los procedimientos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas convocados por dichas instancias gubernamentales<sup>5</sup>, toda vez que el título de concesión, el permiso y en su caso los activos públicos relacionados, podrían constituir insumos esenciales para el acceso a los mercados que involucran bienes y servicios públicos y asimismo, barreras regulatorias a la entrada a este tipo de mercados.

Esta facultad fue retomada por el Estatuto y en este sentido, se estima que se seguirá utilizando.

### **I. 3. Ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar sus efectos anticompetitivos.**

La regulación de esta facultad de COFECE no se modificó mediante el Estatuto, situación que se estima llevaría al pleno a aplicarla como la sanción más grave que puede llegar a imponer la Comisión a un agente económico reincidente que tenga las características previstas por el artículo 37 de la LFCE, en donde la desincorporación debe realizarse con el propósito de eliminar la dominancia del agente económico "... en la parte que sea necesaria para que el agente económico deje de tener poder sustancial en el mercado relevante".

---

<sup>4</sup> Como ejemplo de dictámenes no vinculatorios en materia de normas o actos contrarios a los principios constitucionales en materia de comercio interestatal emitidos por autoridades estatales o municipales se encuentran el Art. 19, Fr. XXVII del Estatuto y el Art. 14 de la LFCE.

<sup>5</sup> Como ejemplos de lineamientos vinculatorios se encuentran el Art. 11, Fr. I del Estatuto y el Art. 24, Fr. XIII bis de la LFCE.

Las medidas protectoras y promotoras se encuentran reguladas en el Art. 11, Fr. I del Estatuto y el Art. 24, Fr. XVI de la LFCE.

Es de hacer notar que en atención al artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional, relacionado con el párrafo décimo noveno del artículo 28 de nuestra carta magna, esta nueva facultad debe usarse de una manera más ponderada, ya que la finalidad perseguida está en función de que el efecto anticompetitivo concreto desaparezca, situación que debe analizarse caso por caso y que no necesariamente implica una desagregación o enajenación al grado de eliminar el poder sustancial del agente económico infractor.

De la propia reforma constitucional podemos inferir de manera contundente lo anterior. En materia de telecomunicaciones las fracciones III y IV del artículo octavo transitorio ordenan medidas de desagregación y acceso a insumos que probablemente no lleven a que los agentes económicos preponderantes tengan una participación menor en los mercados, después de que dichas medidas se implementen.

## **II. La aplicación de las 3 nuevas facultades desde una perspectiva sancionadora.**

De acuerdo al párrafo décimo tercero del nuevo artículo 28 constitucional, la COFECE tiene 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 la Constitución y las leyes*, contando para ello con las *facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de: (i) ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; (ii) regular el acceso a insumos esenciales, y (iii) ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.*

Conforme a los principios de consistencia y coherencia arriba mencionados, se estima que la COFECE podrá aplicar las tres facultades antes señaladas *como sanciones a imponerse directamente a los particulares como resultado* de un procedimiento previo seguido a éstos en forma de juicio por prácticas monopólicas absolutas o relativas que así lo ameriten o bien, *como condiciones* a ser implementadas por los agentes económicos que forman parte *de una concentración* sujeta a notificación. Lo anterior hasta en tanto no se reformen la LFCE y el RLFCE, ya que lo contrario implicaría violaciones a los principios de:

legalidad de los actos de autoridad, autoridad formal de la ley, competencias constitucionalmente otorgadas, las garantías de competencia y libre concurrencia, audiencia, seguridad jurídica<sup>6</sup> y debido proceso legal, entre otras.

---

<sup>6</sup> Ver:

Época: Novena Época

Registro: 169143

Instancia: SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo XXVIII, Agosto de 2008

Materia(s): Común

Tesis: I.7o.A. J/41

Pag. 799

[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Pág. 799

#### AUDIENCIA, CÓMO SE INTEGRA ESTA GARANTÍA.

De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, destaca por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa a los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa tenga oportunidad de demostrarla, y quien estime lo contrario, cuente a su vez con el derecho de acreditar sus excepciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se le dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas.

#### SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

AMPARO DIRECTO 3077/2001. Comité Particular Agrario del núcleo de población ejidal que de constituirse se denominaría "Miguel de la Madrid Hurtado", del Municipio de Tamiahua, Estado de



Se hace notar que al pretender aplicar estas facultades directamente a los agentes económicos, estaríamos en presencia de 3 nuevas sanciones, porque este tipo de medidas tienden a inhibir y prohibir ciertas actividades de los particulares, promovidas y protegidas como garantías y valores rectores de las normas en materia de competencia económica, ya que con ellas se restringe la libertad de actuación de los agentes económicos, situación que en nuestro sistema jurídico, es permitida como acto de privación, sólo cuando se respeta la garantía de audiencia y se pretenden eliminar los efectos anticompetitivos que las prácticas respectivas generan.

Sin perjuicio de lo anterior y, siguiendo los principios de: tipicidad, reserva de ley, legalidad, seguridad jurídica y acceso a una justicia efectiva, se estima necesario realizar *tanto en la LFCE como en el RLFCE* una predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas, de las sanciones respectivas y de las garantías procesales que deberá respetar la COFECE al emitir resoluciones e imponer sanciones, *a fin de establecer puntualmente: qué, cómo, cuándo, dónde, a quién, por qué y para qué se aplicarían las sanciones a los particulares consistentes en: (i) ordenar medidas para eliminar barreras artificiales a la competencia y la libre concurrencia; (ii) regular el acceso a insumos esenciales, y (iii) ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.*

---

Veracruz, por conducto de su Presidente, Secretario y Vocal. 10 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Amelia Vega Carrillo.

Amparo directo 131/2005. Huizar Cleaner de México, S.A. de C.V. 11 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Elizabeth Arrañaga Pichardo.

Amparo en revisión 47/2005. Eleazar Loa Loza. 5 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Amelia Vega Carrillo.

Amparo directo 107/2006. Armando Huerta Muñiz. 26 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Amelia Vega Carrillo.

Amparo directo 160/2008. Presidente, Secretario y Tesorero del Comisariado Ejidal del Nuevo Centro de Población Ejidal "Coyamitos y anexos", Municipio de Chihuahua del Estado de Chihuahua. 25 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Adela Domínguez Salazar. Secretario: Luis Huerta Martínez.

A mayor abundamiento se comenta que nuestro máximo tribunal, ha establecido la necesidad de una predeterminación inteligible de la infracción y la sanción que suponga la presencia de una "*lex certa*", **permitiendo a los particulares anticiparse o predecir con suficiente grado de seguridad, las conductas infractoras**<sup>7</sup>.

Se estima que la **inacción legislativa a este respecto, podría condenar la reforma a un sinnúmero de conflictos interpretativos y amparos con alta probabilidad de éxito.** Sobre todo **teniendo en cuenta las diversas interpretaciones, alcances, aplicaciones y contenidos que el propio poder constituyente y otras autoridades de competencia le han dado a este tipo de facultades en ámbitos tales como el de telecomunicaciones, mismos que a continuación se exponen.**

## **II.1. Ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia.**

Esta facultad no se encuentra detallada ni en el Estatuto, ni dentro de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional, misma que únicamente la señala como un medio para promover la eficiencia de los mercados y el bienestar del consumidor, mediante la reducción de los precios de los bienes y servicios, la productividad y el crecimiento económico, situación que pretende lograrse al resolver las fallas del mercado, a través de una *regulación económica que permita: la eliminación de las barreras artificiales que limitan la concurrencia* en los mercados, e inhiba o elimine la utilización de prácticas anticompetitivas.

Una de las interpretaciones que puede desprenderse del texto anterior consiste en que la COFECE eliminará las barreras artificiales que limitan la concurrencia y que detecte dentro de los análisis, investigaciones y resoluciones que emita en materia de prácticas monopólicas absolutas, relativas y concentraciones, mediante las prohibiciones o condicionamientos particulares respectivos. Es decir, si llegara a detectar que por ejemplo un pacto de exclusividad entre un proveedor y un distribuidor, constituye una barrera artificial que limita el acceso de otros competidores del distribuidor de referencia en el mercado relevante, sancionará a la referida conducta como una práctica monopólica relativa y ordenará que los

---

<sup>7</sup> Registro No. 170 961 [J]; 9ª. Época; 2ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXVI, Diciembre de 2007; Pág. 207. Registro No. 100/2006 [J]; 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Agosto de 2006; Pág. 1667.

efectos del pacto de exclusividad se suspendan de inmediato, en virtud de constituir una barrera artificial dentro del mercado relevante de mérito.

Por todo lo anterior se insiste que es indispensable se aclaren los supuestos en donde aplicará la medida, a fin de que **sea la ley la que establezca la interpretación y alcances que debe darse a la misma con efectos generales, en vez de esperar a que su contenido se vaya integrando vía jurisprudencia por reiteración.**

## **II.2. Ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.**

El concepto “desincorporación” no tiene una definición precisa. El artículo 37 de la LFCE sólo establece que puede llegar incluso hasta la enajenación y como ya se indicó, regula el supuesto como la sanción más grave que puede llegar a imponer la COFECE a un agente económico reincidente que presente las características señaladas en dicho artículo.

Anteriormente la LFCE permitía que los agentes económicos sancionados presentaran programas alternativos de desincorporación en el recurso de reconsideración, pero al quedar eliminado dicho recurso en virtud de la reforma constitucional, surge la inquietud de determinar si los referidos programas podrán presentarse al pleno de COFECE mediante las reuniones de interacción reguladas por el Estatuto o bien, si dicho beneficio ha quedado eliminado en su totalidad.

Sin perjuicio de lo anterior se comenta que, la Iniciativa Nueva LFCE resuelve el punto en el último párrafo del Art. 123, al prever expresamente que: “Los Agentes Económicos tendrán derecho a presentar programas alternativos de desincorporación antes de que la Comisión dicte la resolución respectiva.”

Internacionalmente el concepto “desincorporación” no ha sido implementado en todos los países y parecería ser que en aquellos en donde se ha normado, se ha utilizado como un recurso en casos extremos.

En la Unión Europea (UE) el debate continúa respecto a su pertinencia, una discusión que apenas inició a mediados de la década pasada.

En Estados Unidos de América (EE.UU.A.) se utilizó desde mediados de los ochenta.

La facultad en otras latitudes, no recibe el nombre de "desincorporación". Económicamente y en particular en materia de telecomunicaciones, se la ha referido como "separación funcional y/o estructural".

Por ello se sugiere que la legislación secundaria establezca de una manera más precisa los casos de procedencia o en su defecto, aclare si se mantendrá tan sólo para el caso de reincidencia, como una medida extrema o de último recurso y particularmente, cuando él o los agentes económicos en estudio, sean propietarios o poseedores de insumos esenciales en él o los mercados de que se traten.

### **II.3. Regular el acceso a insumos esenciales.**

Esta facultad tampoco se encuentra detallada en el Estatuto, ni dentro de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional por lo que respecta a COFECE. Sin embargo, de la interpretación armónica del artículo 28 constitucional, se desprende que la COFECE sólo podrá regular el acceso a insumos esenciales en manos de los particulares, dentro de las prohibiciones o condicionamientos que llegue a establecer como parte de las sanciones que imponga a las prácticas monopólicas relativas que previamente haya determinado como nocivas o distorsionadoras del proceso de libre competencia dentro del mercado relevante y/o relacionado de que se trate.

Como se desprende del apartado anterior, el acceso al insumo esencial constituye una medida aparentemente eficaz para desagregar/desincorporar. En atención a ello es prudente que si el concepto no es el relacionado con la desagregación, se aclare en la ley secundaria.

Estimamos que el concepto de acceso a insumos esenciales en manos de particulares puede tener 2 dimensiones: la primera, relacionada con la comisión de una práctica monopólica por medio de la cual contractualmente, se evite el acceso al insumo y en consecuencia se erija en una barrera no arancelaria y la segunda, como una especie del género desincorporación/desagregación.

Por todo lo anterior se concluye que en el caso de que COFECE decida interpretar las 3 nuevas facultades constitucionales como sanciones aplicables directamente a los particulares, deberá esperar a que la LFCE sea reformada en el sentido de delimitar puntualmente: qué, cómo, cuándo, dónde, a quién, por qué y para qué se aplicarían estas sanciones.

Estimamos que conforme a un criterio conservador, en el que la ley debe regular exhaustivamente todos los elementos que integran tanto a los supuestos normativos, como a sus consecuencias, la Iniciativa no resultaría tan precisa y en ese orden de ideas, la COFECE se encontraría obligada a emitir disposiciones administrativas de carácter general (Disposiciones Regulatorias, en términos de la Iniciativa), que acabarían por redondear el régimen particular para la aplicación de sus nuevas facultades.

### **III. La aplicación de las 3 nuevas facultades desde una óptica correctiva.**

En opinión de algunos expertos en la materia, las nuevas facultades dan oportunidad a la COFECE de aplicarlas de manera correctiva u ordenadora, dentro de un procedimiento especial que las justifique, para eliminar en su caso, las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados investigados respectivos. Esto es, sin que forzosamente sean consecuencia de conductas ilícitas desplegadas por determinados agentes económicos.

El tema es más evidente por lo que hace a la facultad de eliminación de barreras en sectores regulados, particularmente en el financiero y energético, en los que los estudios de mercado que lleve a cabo la COFECE y las posibles declaraciones de dominancia y demás medidas correctivas que en su caso emita, podrían favorecer la implementación de un marco más competitivo, sin que dichas regulaciones o eliminaciones necesariamente impliquen una violación a las garantías de competencia y libre concurrencia, seguridad jurídica o bien, a la garantía de audiencia de los agentes económicos; puesto que tanto la Constitución como las leyes secundarias de la materia, prevén la posibilidad de sujetar dichas actividades a los controles estatales que se estimen necesarios para el buen funcionamiento de los sistemas de pagos; la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, y la seguridad energética del país.

No obstante lo anterior se estima que en el caso de los sectores no regulados, la COFECE tendría que respetar las referidas garantías de los agentes económicos antes de imponerles una regulación especial y tendiente a: (i) eliminar barreras a la competencia, tanto regulatorias como no regulatorias; (ii) regular el acceso a insumos esenciales que se encuentren bajo su titularidad o bien, (iii) para desincorporar cualquiera de sus activos, ya que dichas medidas implicarían una restricción a su esfera jurídica, en particular la patrimonial, que sin duda resultaría de carácter privativo, de no ser garantizado el respeto a las garantías esenciales del procedimiento que integran dentro del derecho mexicano, a la garantía de audiencia.

No debe perderse de vista que el fin último del marco jurídico en materia de competencia económica consiste precisamente, en proteger la competencia y la libre concurrencia, así como el funcionamiento eficiente de los mercados. Todo ello, en beneficio de los consumidores, y que si dicho bienestar no es afectado por la dominancia de un agente económico, y tampoco existen elementos suficientes para determinar que ese factor pudiera llegar a usarse en perjuicio de los derechos

e intereses de los demás agentes económicos del mercado o mercados respectivos o bien, de los consumidores, (por ejemplo a través de sobrepuestos, desabasto y demás abusos de dominancia), no se justificaría la intervención de la COFECE para restringir la referida dominancia por sí misma.

Por lo que se refiere a la facultad de regular el acceso a un insumo esencial que se encuentre bajo la titularidad de algún particular o de un conjunto de particulares, para obligarlo u obligarlos a garantizar que los agentes económicos competidores puedan llegar a utilizar el mismo en condiciones competitivas, se estima que la nueva ley que en su caso llegue a emitirse, tendrá que regular entre otros aspectos, que la autoridad deberá analizar previamente si en cada caso se cumplen una serie de elementos tales como: negación de suministro, imposibilidad de duplicar el insumo, indispensabilidad del insumo involucrado para poder competir y conllevar la eliminación de competencia efectiva, perjuicios actuales o potenciales para el funcionamiento eficiente de los mercados, y demás elementos que hagan patente una clara condición anticompetitiva respecto del acceso exclusivo o restringido al insumo esencial, así como las modalidades de acceso al insumo esencial, las contraprestaciones que los competidores tendrán que pagarle al agente o agentes económicos con acceso exclusivo al multicitado insumo esencial, así como aspectos técnicos, de calidad y en su caso, el calendario de aplicación respectivo, ya que en caso contrario, la COFECE podría estar actuando desproporcionada y confiscatoriamente.

Asimismo se estima también que dentro del procedimiento que la nueva ley llegue a prever para ejercer la facultad de regular el acceso a insumos esenciales, deberán respetarse las garantías de seguridad jurídica de los agentes económicos con acceso exclusivo al insumo esencial que se pretenda regular. No sólo con el propósito de que la COFECE esté en posibilidad de generar las condiciones óptimas para el debido respeto a la garantía de audiencia de los agentes económicos que pudieren resultar afectados, sino también para que dicho órgano autónomo pueda allegarse de elementos suficientes para establecer sólo la regulación estrictamente necesaria para eliminar los efectos anticompetitivos detectados dentro de la investigación especial que se lleve a cabo con dicho propósito.

De hecho, el propio artículo 28 constitucional brinda un criterio de proporcionalidad para la facultad consistente en desincorporar los activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, consistente en que dicha medida se aplicará **sólo en las proporciones necesarias para eliminar**

**los efectos anticompetitivos**, mismo que debería tenerse en cuenta también para efectos de la regulación del acceso a insumos esenciales. Es decir, que la regulación que se establezca en la nueva ley con dicho propósito, deberá encaminarse solamente a eliminar los efectos anticompetitivos que el acceso exclusivo a un respectivo insumo esencial provoque en el mercado o mercados de que se trate.

De la lectura de la reforma constitucional se desprende que este mecanismo está previsto así en materia de telecomunicaciones, en donde la determinación del Agente Económico Preponderante y la regulación de la medida correctora se dará justamente por el tiempo que se necesario para mitigar los actuales efectos anticompetitivos.

Consideramos que la iniciativa de decreto por el que se emitirá en su caso la Nueva Ley Federal de Competencia Económica, regula suficientemente el ejercicio de las 3 nuevas facultades de COFECE de manera correctiva u ordenadora, a través de un procedimiento especial previsto dentro de los artículos 94 y 95 de la referida Iniciativa, mismo que sin duda le permitirá a COFECE dar cumplimiento tanto a lo ordenado por el artículo 28 constitucional, como a las garantías previstas por los artículos 14, 16 y 17 de nuestra Constitución, siempre aplicando como lo hemos venido sosteniendo en este documento, los criterios de ponderación de razonabilidad, idoneidad, proporcionalidad y necesidad.

#### **IV. Facultad regulatoria y controversias constitucionales.**

No podemos dejar de comentar la cuarta nueva facultad de COFECE derivada de la fracción IV del actual párrafo vigésimo del artículo 28 constitucional, relacionada con la emisión de disposiciones administrativas de carácter general, exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia. Se estima que dicha atribución podría convertir a este órgano autónomo **en un eficiente regulador prudencial de los mercados.**

De hecho, el pasado 12 de noviembre de 2013 la COFECE publicó en el Diario Oficial de la Federación, las **primeras Disposiciones administrativas de carácter general reglamentarias de la Ley Federal de Competencia Económica**, las cuales regulan los procedimientos incidentales seguidos ante dicho órgano autónomo (Disposiciones).



Al efecto cabe resaltar que, la Comisión calificó la emisión de dichas disposiciones como imprescindible para cumplir eficazmente con su objeto y garantizar la libre competencia y concurrencia, así como para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados,<sup>8</sup> tal vez porque entre los diversos incidentes regulados por las Disposiciones se encuentran los relativos a: (i) la **verificación del efectivo cumplimiento o ejecución de las resoluciones de COFECE**, y (ii) la **declaración o entrega de información falsa** ante dicho órgano autónomo.

En el mismo sentido, el pasado 11 de febrero de 2014 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, las Disposiciones administrativas de carácter general reglamentarias de las audiencias orales previstas en el artículo 33, fracción VI de la Ley Federal de Competencia Económica, mismas que entraron en vigor desde el 12 de febrero de 2014.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que hasta el momento la COFECE también ha utilizado esta facultad para regular aspectos de mera organización y procedimientos como órgano con autonomía constitucional. Como ejemplos de ello se encuentran el artículo 18, Fr. V del Estatuto y, las disposiciones administrativas de carácter general que la COFECE publicó en el Diario Oficial de la Federación el pasado 19 de septiembre de 2013, mismas que en términos generales se refieren a aspectos de organización, presupuestarios y de procedimientos de contratación pública.

Relacionado con este punto habría que reflexionar sobre los temas que recoge el Estatuto ya publicado. Conforme a los artículos 11, Fr. I del Estatuto y 24, Fr. XVIII bis de la LFCE, estos ordenamientos siguen regulando la emisión de criterios técnicos, y la interrogante que surge al efecto sería si las disposiciones administrativas de carácter general podrían referirse a las mismas materias que dichos criterios o bien, si serán dos diferentes tipos de instrumentos regulatorios que podrá utilizar COFECE de manera prudencial para garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados, sin tener que esperar a que el Titular del Poder Ejecutivo Federal utilice su facultad reglamentaria para ello.

---

<sup>8</sup> Ver considerando número 5 del ACUERDO mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica emite disposiciones administrativas de carácter general reglamentarias de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado el pasado 12 de noviembre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación.

Se estima que otro de los cuestionamientos que podrían llegar a plantear los agentes económicos que resultaran afectados por las disposiciones administrativas de carácter general emitidas por COFECE, consistiría por ejemplo en su alcance y jerarquía normativa respecto del Reglamento de la LFCE.

En virtud de lo anterior se estima necesario que sea la nueva ley la que delimite el contenido que deberán tener este tipo de normas generales, mismas que dentro de la Iniciativa se denominan Disposiciones Regulatorias y se refieren a múltiples contenidos, tales como criterios de valoración para determinar la existencia de un insumo esencial y su acceso dentro de cierto mercado o mercados, procedimientos de consulta pública para la revisión periódica de: directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, etc.

Continuando con el tema de la facultad regulatoria de la COFECE, destaca también que conforme a los artículos 105, Fr. I, inciso I) de la Constitución y 11, Fr. XIII del Estatuto, el Pleno de COFECE puede ejercer controversia constitucional contra órganos constitucionales autónomos, contra el Poder Ejecutivo de la Unión o contra el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; sin embargo en este caso, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tienen efectos únicamente respecto de las partes en la controversia, situación que se estima impediría: (i) la declaración general de invalidez inmediata del precepto normativo que contenga una barrera regulatoria federal, así como (ii) la eliminación de barreras regulatorias que llegaran a fijar las autoridades de las entidades federativas o municipales, por lo que el poder regulatorio general de COFECE como autoridad máxima en materia de competencia, tendiente a eliminar este tipo de barreras, quedaría sujeto nuevamente a un esquema de colaboración inter-institucional, mismo que podría llegar a resultar menos eficiente.

Dado el alcance del tema, y al amparo de los diversos criterios jurisprudenciales<sup>9</sup>, se desprende la conveniencia de dar efectos *erga omnes* a las resoluciones que la

---

<sup>9</sup> Ver:

Época: Novena Época

Registro: 193257

Instancia: PLENO

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo X, Septiembre de 1999

Suprema Corte de Justicia emita con voto calificado respecto de las controversias constitucionales promovidas por COFECE, cuando versen sobre disposiciones

---

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 101/99

Pag. 708

[J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Septiembre de 1999; Pág. 708

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.

El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.

PLENO

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el siete de septiembre del año en curso, aprobó, con el número 101/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

generales. Sin embargo, este aspecto tendría que ser objeto de una nueva reforma al artículo 105 constitucional.

## V. Otros límites de las facultades de COFECE.

Sobre este punto conviene tener en cuenta los criterios de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad que en materia de restricción de derechos humanos ha fijado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismos que a continuación se exponen como criterios orientadores de la modificación a la LFCE, así como de las actividades regulatorias, correctivas y sancionatorias de COFECE, a fin de que tanto la reforma respectiva, como la actuación de la Comisión, sean conformes con la Constitución y con los principios de consistencia y coherencia que rigen a nuestro sistema jurídico.

"Época: Décima Época

Registro: 160267

Instancia: PRIMERA SALA

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.)

Pag. 533

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

## **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. 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

finos 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; 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 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. *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, 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.

#### PRIMERA SALA

AMPARO EN REVISIÓN 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 1215/2008. Jorge Armando Perales Trejo. 28 de enero de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: José Ramón Cossío Díaz; en su ausencia hizo suyo el asunto el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 75/2009. Blanca Delia Rentería Torres y otra. 18 de marzo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

Amparo directo en revisión 1675/2009. Camionera del Golfo, S.A. de C.V. 18 de noviembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1584/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Tesis de jurisprudencia 2/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de ocho de febrero de dos mil doce."

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación 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, que debe ser razonable, de tal 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.**

Situación que 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 antes citada se dirige al legislador por ser dicho poder quien ordinariamente emite normas con efectos generales que detallan o restringen el ejercicio de los derechos fundamentales de los gobernados, se estima que la COFECE quedaría obligada directamente a cumplir con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad contenidos en la jurisprudencia con toda precisión y diligencia, si dicho órgano autónomo decidiera regular o aplicar sus nuevas facultades.

En todo caso esa reforma tendría que estar perfilada en el sentido de delimitar de manera puntual el alcance que podrá tener la restricción a los derechos humanos y garantías de los agentes económicos que se generaría a partir de regular el acceso a uno de sus insumos, eliminar barreras u ordenar la desincorporación de alguno

de sus activos. Esto, en atención a que la jurisprudencia regula los elementos indispensables que el juez constitucional deberá analizar para considerar una restricción determinada a los derechos fundamentales como válida, labor que deberá cumplirse con total puntualidad y transparencia, independientemente de la autoridad que haya dictado la medida restrictiva de que se trate.

Más aún, si bien una autoridad con funciones predominantemente administrativas cumple con la garantía de legalidad al fundar y motivar sus resoluciones, cuando ésta no cuenta con un precepto legislativo puntual que regule su actuación concreta y se basa directamente en un precepto constitucional que la habilita para actuar, la expresión de todas las razones que tuvo en cuenta para dictar la medida concreta de que se trate restringiendo derechos fundamentales, debe entenderse como parte de la fundamentación y motivación de su resolución, situación que en el caso particular de COFECE al aplicar sus nuevas facultades constitucionales sin existir aún un marco legislativo que las regule de manera puntual, se traduciría en la justificación de la aplicación razonable y proporcional de dichas medidas al caso concreto.

Esto es, la aplicación directa de la Constitución por la COFECE implicará que dicha Institución realice tanto la labor de ponderación que normalmente lleva a cabo el poder legislativo al restringir derechos fundamentales, como el cumplimiento de las garantías de seguridad jurídica de los agentes económicos, entre ellas la de legalidad, razón por la que en este supuesto, quedará obligada directamente a cumplir con los criterios jurisprudenciales de razonabilidad y proporcionalidad tanto al emitir sus resoluciones, como en su caso, las disposiciones administrativas que normen de manera general los supuestos, términos, duración, alcances y demás condiciones en los que la Comisión podrá aplicar las facultades consistentes en regular el acceso a insumos, la eliminación de barreras y la desincorporación.

Teniendo en cuenta lo anterior se estima que las medidas que la COFECE aplique a los agentes económicos en ejercicio de sus 3 nuevas facultades serían conformes con la Constitución y no excesivas, sólo en el caso de que resulten: idóneas, necesarias y proporcionales. Supuestos que se cumplirían únicamente cuando las resoluciones de la Comisión restringieran la esfera de los agentes económicos en la medida más favorable para el derecho afectado de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin inmediato perseguido con la resolución respectiva, en el entendido que las ventajas que se pretendan obtener con la afectación de los derechos fundamentales involucrados, compensaran los sacrificios impuestos a su titular.

Otro de los límites que COFECE deberá tener en cuenta al ejercer sus nuevas facultades ya sea de manera correctiva o sancionatoria, consiste en la verificación de los efectos anticompetitivos actuales o potenciales de las prácticas, barreras, condiciones de mercado o bien, estructura, funcionamiento, activos y acceso exclusivo a insumos de los agentes económicos sobre los que recaigan sus resoluciones, declaratorias o regulaciones, ya que dichas medidas resultarían excesivas, si no fuese inminente el que se generarán efectos anticompetitivos.

El tema se antojará de aún más difícil resolución, cuando se trate de la tarea de ordenar el funcionamiento eficiente de los mercados a cargo de la COFECE. Finalmente los jueces de amparo tendrán que ponderar entre lo imperioso de prevenir un efecto secundario o indirecto, que aún no se ha dado, y la efectiva restricción de los derechos humanos y garantías que realmente sufrirán los agentes económicos, en aras de regular lo que podría ocurrir en el futuro.

Al efecto vale la pena comentar que el límite último que justifica la intervención de la COFECE frente a los particulares restringiendo su esfera de actuación, consiste precisamente en el objeto constitucional de dicha institución, 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, por lo que toda actuación de COFECE que se apartara de dicha finalidad, se traduciría en excesiva y violatoria de los derechos humanos y garantías de los agentes económicos<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver:

Época: Novena Época

Registro: 175082

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo XXIII, Mayo de 2006

Materia(s): Común

Tesis: I.4o.A. J/43

Pag. 1531

[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Mayo de 2006; Pág. 1531

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.



Con el mismo propósito, la COFECE deberá respetar la garantía de audiencia de los agentes económicos en los que recaigan sus resoluciones o regulaciones, así como fundamentar y motivar exhaustivamente el objeto, propósitos, formas, alcances y duración de las condiciones, restricciones, prohibiciones, reglas y demás medidas restrictivas que llegue a imponer a los agentes económicos<sup>11</sup>, al igual que las

---

El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.

#### CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 447/2005. Bruno López Castro. 1o. de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

Amparo en revisión 631/2005. Jesús Guillermo Mosqueda Martínez. 1o. de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez.

Amparo directo 400/2005. Pemex Exploración y Producción. 9 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Ángela Alvarado Morales.

Amparo directo 27/2006. Arturo Alarcón Carrillo. 15 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Karla Mariana Márquez Velasco.

AMPARO EN REVISIÓN 78/2006. Juan Alcántara Gutiérrez. 1o. de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

<sup>11</sup> Ver:

Época: Octava Época

Registro: 216534

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Localización: Núm. 64, Abril de 1993

---

Materia(s): Administrativa

Tesis: VI. 2o. J/248

Pag. 43

[J]; 8a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Núm. 64, Abril de 1993; Pág. 43

#### FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

De acuerdo con el artículo 16 constitucional, todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa. Esto es, que cuando el precepto en comento previene que nadie puede ser molestado en su persona, propiedades o derechos sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a todas las autoridades que apeguen sus actos a la ley, expresando de que ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo. En materia administrativa, específicamente, para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen:

a).- Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que esté obligado al pago, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos, fracciones y preceptos aplicables, y b).- Los cuerpos legales, y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo directo 367/90. Fomento y Representación Ultramar, S.A. de C.V. 29 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Revisión fiscal 20/91. Robles y Compañía, S.A. 13 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo en revisión 67/92. José Manuel Méndez Jiménez. 25 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Waldo Guerrero Lázcares.

Amparo en revisión 3/93. Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. 4 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

razones que sustentan la aplicación de dichas medidas por ser necesarias, idóneas y proporcionales, después de ser evaluadas a partir de los criterios que conforme a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen los elementos indispensables a ser observados para restringir el ejercicio de los derechos humanos dentro de nuestro sistema jurídico, y contenidos en la jurisprudencia<sup>12</sup>.

Por todo lo anterior se concluye que la reforma al artículo 28 constitucional convirtió a la COFECE no sólo en garante correctivo, sino también en regulador preventivo del funcionamiento eficiente de los mercados, poderes que deberá ejercer prudencialmente en cada caso, no sólo de acuerdo con el marco legal vigente en cada momento, sino también conforme a su finalidad y a los principios de: consistencia, coherencia, reserva de ley, seguridad jurídica, proporcionalidad y razonabilidad que rigen a nuestro sistema jurídico y que permiten la debida tutela del interés público, a la par del ejercicio de derechos humanos y garantías individuales de los gobernados.

---

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo III, Primera Parte, tesis 73, página 52.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, noviembre de 2001, páginas 35 y 31, tesis por contradicción 2a./J. 58/2001 y 2a./J. 57/2001, de rubros: "JUICIO DE NULIDAD. AL DICTAR LA SENTENCIA RESPECTIVA LA SALA FISCAL NO PUEDE CITAR O MEJORAR LA FUNDAMENTACION DE LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE DICTO LA RESOLUCION IMPUGNADA." y "COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EN EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA, DEBE SEÑALARSE CON PRECISION EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORQUE LA ATRIBUCION EJERCIDA Y, EN SU CASO, LA RESPECTIVA FRACCION, INCISO Y SUBINCISO.", respectivamente.

<sup>12</sup> Ver:

Época: Décima Época

Registro: 160267

Instancia: PRIMERA SALA

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.)

Pag. 533

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

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

Para aquellas posiciones encontradas en el sentido de que las nuevas facultades requieren ser aplicadas tan sólo dentro de un procedimiento sancionatorio, así como para aquellas que estiman que también pueden aplicarse dentro de un procedimiento especial que comprenda tanto una investigación de mercado debidamente integrada, como de un procedimiento seguido en forma de juicio que garantice el respeto a los derechos humanos y garantías de los agentes económicos y en su caso, entes públicos afectados, lo cierto es que hoy en día, es necesario normarlas. Estimamos que dicha regulación deberá provenir del Congreso de la Unión, tal y como lo dispone la fracción X del artículo tercero transitorio de la reforma constitucional.

El sesgo que adopten las reformas programadas a la LFCE, entre ellas, la discusión y en su caso aprobación de la Iniciativa de una Nueva Ley Federal de Competencia Económica firmada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el pasado 18 de febrero de 2014, misma que fue dirigida al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión al día siguiente de su firma, nos dará la pauta para pronunciamientos más puntuales sobre el sentido de la regulación de las nuevas facultades de COFECE. No cabe duda que el legislador secundario tiene una importante tarea en definir de manera precisa la forma de aplicar estas facultades, aspectos que el poder constituyente le allanó con mediana claridad al Instituto Federal de Telecomunicaciones, en términos de los transitorios de la reforma constitucional y que, a grandes rasgos, estimamos son contemplados de manera cabal dentro de la Iniciativa de mérito.

Consideramos que el actuar de la COFECE se irá fortaleciendo a cada paso que dé, en la medida en que los supuestos normativos sean claros y difundidos adecuadamente entre los agentes económicos participantes en cada mercado, ya que esto les permitirá ejercer de manera adecuada sus derechos humanos y garantías constitucionales, a la par de las funciones de ordenación de mercados y tutela del interés público a cargo de COFECE. Más aún, estimamos que COFECE estará en posibilidad de emitir resoluciones robustas, independientemente del marco legal vigente en cada momento, mientras respete los principios de consistencia, coherencia y seguridad jurídica a los que nos hemos referido a lo largo de este ensayo, por considerar que constituyen la brújula que dará orientación y firmeza a cada uno de los pasos que dé la Comisión, frente a los nuevos y cambiantes retos que demandan los mercados cada día.

Finalmente, a continuación nos permitiremos reseñar los aspectos que consideramos más relevantes de la Iniciativa de la Nueva Ley Federal de Competencia Económica presentada el pasado 19 de febrero de 2014 ante la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados específicamente, en materia de la regulación relativa a las tres nuevas facultades de COFECE, a fin de abonar al análisis y discusiones que en los próximos días se presentarán dentro del Congreso de la Unión, con motivo de la misma.

## **VI. Tendencias regulatorias de las tres nuevas facultades de COFECE en la Iniciativa de Nueva LFCE.**

En términos generales, estimamos que la Iniciativa de Nueva LFCE cumple con lo dispuesto por el artículo 28 constitucional, en lo relativo a la reglamentación directa de las 3 nuevas facultades de COFECE.

Tanto la exposición de motivos de la Iniciativa en comento, como la correspondiente a la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica, se encuentran debidamente alineadas con los ejes rectores que en dichas materias planteaba desde un inicio el Pacto por México, y constituyen una rica fuente interpretativa que revela claramente la finalidad de cada uno de los preceptos normativos que contendría la Nueva LFCE, si la Iniciativa de mérito fuese aprobada, en los mismos términos en que fue presentada.

Ahora bien, por lo que se refiere a la delimitación de las tres nuevas facultades de COFECE en la Iniciativa, encontramos que cada una de éstas podrá ejercerse tanto de manera sancionatoria, como ordenadora o correctiva; siempre y cuando, se ejerza como resultado del seguimiento de un procedimiento especial para la práctica de investigaciones de mercado, tendientes a determinar: (i) la existencia de insumos esenciales y la regulación puntual de éste para lograr un acceso más equitativo; (ii) la existencia de barreras regulatorias y no regulatorias, así como los mecanismos correctivos tendientes a su eliminación, y (iii) los términos y condiciones en los que podrá ordenarse la desincorporación de activos de manera fundada, proporcional, y fuera de un procedimiento sancionatorio, que cumpla con las garantías esenciales del procedimiento previstas por los artículos 14 y 17 constitucionales, así como con la garantía de legalidad a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, teniendo en todo momento como eje rector, el fin último u objeto de COFECE, es decir, la protección de: (i) la competencia y libre concurrencia y el funcionamiento eficiente de los mercados, así como (ii) los derechos humanos, garantías y competencias de los

agentes económicos y entes públicos sujetos a la esfera de actuación de la nueva COFECE.

Se precisa que en la Iniciativa Nueva LFCE, la desincorporación de activos se mantiene como la sanción más grave en materia de prácticas monopólicas, sólo para el caso de reincidencia, y aplicable únicamente en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos que dicha conducta haya propiciado dentro del mercado relevante y mercados relacionados.

En el mismo tenor se encuentra la Iniciativa de Nueva LFCE, en la parte relativa a las facultades tanto correctivas como sancionatorias de COFECE para promover un acceso más equitativo a los insumos esenciales que se encuentren bajo la titularidad de uno o algunos agentes económicos que abusen de la exclusividad que tienen sobre el mismo (ya sea estrechando los márgenes de producción, venta y distribución o bien, los precios derivados de dicho privilegio en perjuicio de los consumidores), ya que la regulación del acceso al insumo esencial que en su caso ordene COFECE, forma parte tanto de la sanción prevista para las nuevas prácticas monopólicas relativas, como del procedimiento especial para dictar medidas ordenadoras que promuevan el uso competitivo del insumo esencial de que se trate.

Las medidas correctivas que la COFECE llegue a dictar en materia de acceso a insumos esenciales, podrían generar condiciones de competencia efectiva en determinados mercados y en consecuencia, atraer más inversiones a dichos sectores o bien, desincentivar a los empresarios frente a un entorno sobre-regulado. Por ejemplo, imaginemos por un momento que el precio que determine COFECE para un determinado insumo esencial sea conveniente y sin embargo, los agentes económicos que en teoría podrían beneficiarse de dicho precio, decidan limitarse a pagarlo pero sin realizar nuevas inversiones productivas o innovaciones.

Dicho en otras palabras, se estima que COFECE tendrá que revisar en cada caso, si la regulación del acceso al insumo esencial respectivo, constituye un esquema que propicia inversiones productivas adicionales dentro de nuestro país a lo largo de su aplicación o bien, si dicha medida correctiva debe irse ajustando periódicamente o eliminarse, en aras de lograr dicho objetivo.

Por lo que se refiere a la eliminación de barreras regulatorias, se estima que si bien el referido procedimiento especial aporta mucha luz sobre la manera en la que éstas podrán detectarse, así como sobre la forma y términos puntuales en los que deberán dictarse medidas correctivas tendientes a su levantamiento o eliminación, también lo es que aún se mantiene el esquema tradicional de colaboración interinstitucional por lo que se refiere a barreras gubernamentales de carácter interestatal, situación que podría retrasar o incluso impedir, su efectiva eliminación.

Celebramos también el hecho de que se hayan puntualizado los elementos de ponderación que deberán tener en cuenta tanto la Autoridad Investigadora como el Pleno de la Comisión, dentro del procedimiento seguido en forma de juicio para iniciar y conducir una investigación, así como para sancionar de manera proporcional, cualquiera de las conductas prohibidas en materia de competencia económica. En particular, la necesidad de que primeramente se detecte un efecto anticompetitivo actual o inminente que justifique el inicio de cualquier investigación en contra de algún agente económico, y el que sólo se sancione el abuso de la dominancia, ya que ello mitiga adecuadamente el riesgo de intervenciones estatales excesivas, mismas que en el pasado produjeron severos efectos distorsionadores en el funcionamiento eficiente de los mercados, inflación y recesión económica, con el consecuente perjuicio para los consumidores.

También se estima que las disposiciones aplicables a las reglas de contacto entre los miembros del Pleno de la Comisión y los agentes económicos, abonarán a mitigar el riesgo denominado "captura del regulador", a la par que permitirán una mayor retroalimentación entre todos los actores involucrados en los procedimientos que se sigan ante este nuevo órgano autónomo que es la COFECE.

Por todo lo anterior se concluye que, respecto a las nuevas facultades, la Iniciativa de Nueva LFCE es lo suficientemente robusta en las disposiciones y procedimientos que así lo requieren para el respeto de los derechos humanos y garantías de los agentes económicos, así como para proteger la finalidad última de todas las normas que integran el marco jurídico denominado "derecho de la competencia económica mexicano" y a la par, lo suficientemente flexible como para que COFECE pueda ejercer de manera prudencial, oportuna, ponderativa, proporcional, razonable y evolutiva sus nuevas facultades, en beneficio del funcionamiento eficiente de los mercados y el crecimiento económico, sin que por ello se pierda la seguridad jurídica de los actores y entidades participantes dentro de los mercados mexicanos.

Lo anterior sobre todo si, aunado al marco legal que llegue a regir la actuación de la COFECE, esta última opta por orientar su actuación cotidiana, basándose tanto en los principios de consistencia y coherencia, como en los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad y necesidad establecidos por nuestro máximo tribunal, ya que ello le permitirá interpretar y aplicar su marco normativo de manera segura, y acorde con los fines que hoy establece claramente nuestro nuevo artículo 28 constitucional.