

## LA NUEVA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS OBSTÁCULOS A LA COMPETENCIA, DERIVADOS DE CONDUCTAS DE AGENTES ECONÓMICOS.

**Autores: Luis Monterrubio y Alejandrina García**

“Claro que hay que romper las barreras, pero ¿con qué ariete?”

(Rosa Chacel)

### I. Introducción.

El objetivo del presente ensayo es analizar la finalidad de la nueva clasificación legal de los obstáculos a la competencia, derivados de conductas de uno o más agentes económicos en: (i) barreras a la competencia y la libre competencia<sup>1</sup>; (ii) barreras a la entrada<sup>2</sup>, y (iii) práctica monopólica relativa consistente en, 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<sup>3</sup>.

Ello, con el propósito de demostrar que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), podrá aplicar adecuadamente los aparentemente similares supuestos jurídicos que involucran a los tres conceptos mencionados en el párrafo anterior, si lleva a cabo una interpretación funcional de los mismos, y de los procedimientos mediante los cuales son aplicables. Esto es, si considera la específica finalidad que persigue cada uno de ellos.

---

<sup>1</sup> Conforme al Artículo 3°, fracción IV de la nueva Ley Federal de Competencia Económica (Ley), se entiende por “barreras a la competencia y la libre competencia”: 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 competencia*, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre competencia.

<sup>2</sup> Conforme al Artículo 7, fracción VI de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (Disposiciones), pueden considerarse como barreras a la entrada, entre otras, a *las restricciones constituidas por prácticas realizadas por los Agentes Económicos ya establecidos en el mercado relevante*.

<sup>3</sup> Práctica monopólica relativa prevista por el Artículo 56, fracción XI de la Ley.

## II. Otros Principios Interpretativos.

Lo anterior sin duda alguna, también es acorde con el principio de no redundancia, según el cual sería ilógico que el legislador hubiere desarrollado tres hipótesis normativas distintas, cada una de ellas con consecuencias jurídicas diversas y aplicables mediante dos procedimientos diferentes<sup>4</sup>, para regular los mismos tipos de hechos o actos.

Además, esta perspectiva es acorde con el carácter consistente y coherente del sistema jurídico mexicano<sup>5</sup>, ya que al entenderse éste de manera armónica, se infiere que no se presenta un conflicto en los valores que pretenden salvaguardar cada uno de los procedimientos mediante los cuales se aplicarán los tres multicitados conceptos y, por otro lado, tampoco existe una contradicción lógica o una antinomia en las normas que regulan a uno y otro procedimiento, sino que se trata de tres supuestos normativos distintos, que resultan aplicables mediante dos tipos de procedimientos plenamente diferenciados, a partir de los fines o funciones sociales que pretenden salvaguardar cada uno de ellos.

---

<sup>4</sup> Conforme a los artículos 66, 67, 68 y 71 de la Ley, *COFECE tiene que seguir el procedimiento general para sancionar prácticas monopólicas relativas y por tanto, éste es el procedimiento que resulta aplicable para medir el poder sustancial de los agentes económicos que realicen alguna de las conductas contenidas en el Artículo 56 de la Ley, incluyendo por supuesto a la prevista dentro de la fracción XI de dicho dispositivo, a partir de los elementos previstos en el Artículo 59 de la Ley, destacando entre ellos, la existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores, así como el comportamiento reciente del o los agentes económicos que participan en dicho mercado.*

*Ahora bien, conforme al Artículo 94 de la Ley, COFECE se encuentra obligada a seguir el procedimiento especial previsto dentro de dicho artículo, cuando pretenda determinar la existencia de barreras a la competencia y la libre concurrencia que puedan generar efectos anticompetitivos, siempre y cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en el mercado en el que éstas se presenten.*

<sup>5</sup> El principio de consistencia se refiere al sentido lógico del mismo. Es decir, a que las normas de un sistema no pueden contraponerse entre sí, mientras que el principio de coherencia se refiere al sentido axiológico del sistema, lo cual implica que las normas deben interpretarse de manera armónica, a fin de que los diversos valores que trata de preservar el sistema sean realizados.

### III. Fundamentos Legales de los Fines del Procedimiento General y del Procedimiento Especial.

A continuación realizaremos un análisis comparativo de los artículos de la Ley que regulan tanto al procedimiento general (artículos 66 a 85 de la Ley), como al procedimiento especial previsto por los artículos 94 y 95 de dicho ordenamiento. Todo ello, con el propósito de estar en posibilidad de determinar por un lado, los fines que persigue el procedimiento general que debe seguir COFECE, tanto para medir el poder sustancial del agente económico que realice cualquiera de las conductas previstas por el Artículo 56 de la Ley, como para sancionar en su caso la práctica monopólica relativa prevista por el Artículo 56, fracción XI de la Ley, y por otro, los fines que motivan la existencia del procedimiento especial previsto dentro de los artículos 94 y 95 del ordenamiento en cita.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
Objeto de COFECE: Garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir <sup>6</sup> :	
Las <i>prácticas monopólicas</i> .	Las <i>restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados</i> .
Atribuciones de COFECE:	
Prevenir, investigar y combatir las <i>prácticas monopólicas, e imponer las sanciones derivadas de dichas conductas</i> , en los términos de la Ley. <sup>7</sup>	<i>Ordenar que, se elimine la barrera a la competencia y la libre concurrencia impuesta por determinado agente económico, en cierto mercado relevante, a fin de restaurar las condiciones de competencia efectiva en dicho mercado.</i> <sup>8</sup>

<sup>6</sup> Artículo 10 de la Ley.

<sup>7</sup> Artículo 12, Fr. I de la Ley.

<sup>8</sup> Artículos 3, fracción IV; 12, Fr. II; 57; 59; 94 y 95 de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
Tipo de Conducta Regulada:	
<p><i>Las prácticas monopólicas relativas son conductas prohibidas.<sup>9</sup></i></p> <p>Entre las prácticas monopólicas relativas, se encuentra la prevista en el Artículo 56, fracción XI de la Ley, consistente en, la <i>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.</i></p>	<p>Los <u>hechos o actos</u> de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto <u>impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados</u>; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, <i>por sí mismos, no son conductas anticompetitivas, ni prohibidas.<sup>10</sup></i></p>
Personas que pueden denunciar una conducta prohibida y solicitar el inicio del procedimiento especial:	
<p><i>Cualquier persona puede denunciar una práctica monopólica relativa ante la autoridad investigadora de COFECE, en virtud de que es considerada una violación a una Ley de orden público e interés social.<sup>11</sup></i></p>	<p>COFECE puede <i>iniciar un procedimiento especial para determinar la existencia de barreras a la competencia y la libre concurrencia, sólo a solicitud del Ejecutivo Federal</i>, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía o bien, <i>de oficio</i>, en virtud de que <i>la orden de eliminar un tipo de conducta que no se encuentra prohibida expresamente por la Ley, en aras de restablecer las condiciones de competencia efectiva dentro de determinado mercado y</i></p>

<sup>9</sup> El Artículo 52 de la Ley se encuentra dentro del LIBRO SEGUNDO DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, TÍTULO ÚNICO DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Capítulo I De la Prohibición de Conductas Anticompetitivas.

<sup>10</sup> De hecho, el procedimiento especial para determinar la existencia de barreras a la competencia y la libre concurrencia y en su caso, ordenar su eliminación previsto por los artículos 94 y 95 de la Ley, se encuentra dentro del LIBRO TERCERO DE LOS PROCEDIMIENTOS, y no en el de conductas anticompetitivas.

<sup>11</sup> Artículos 1° y 67 de la Ley.

	<i>así, eficientar su funcionamiento, es un asunto de competencia eminentemente gubernamental, ya que implica la coordinación de un conjunto de acciones integrantes de determinadas políticas públicas, a cargo de diversas autoridades.<sup>12</sup></i>
Procedimiento General	Procedimiento Especial
Inicio de la Investigación:	
<i>Para iniciar una investigación por prácticas monopólicas relativas, la autoridad investigadora de COFECE requiere contar con un indicio de su existencia.<sup>13</sup></i>	<i>El procedimiento de investigación especial puede iniciarse <u>únicamente</u> 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 la libre concurrencia que generen dichos efectos anticompetitivos.<sup>14</sup></i>

<sup>12</sup> Artículos 94 y 95 de la Ley.

<sup>13</sup> Párrafos primero y segundo del Artículo 71 de la Ley.

<sup>14</sup> Artículo 94, primer párrafo de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
<b>Objeto de la Investigación:</b>	
<p><i>Lo investigado es una conducta prohibida cometida por determinado(s) agente(s) económico(s) y en atención a ello, el periodo de investigación comienza a contar a partir de la emisión del acuerdo de inicio respectivo, sin que la autoridad investigadora de COFECE se encuentre obligada a publicar un extracto del mismo en el Diario Oficial de la Federación, a fin de poder sorprender al infractor y evitar que oculten o destruyan evidencias de la comisión de la práctica monopólica respectiva.<sup>15</sup></i></p>	<p><i>Lo investigado no es una conducta prohibida, sino si los efectos de un hecho o acto lícito realizado por determinado(s) agente(s) económico(s), son de tal manera generales como para impedir que existan condiciones de competencia efectiva dentro de cierto mercado. Por ello, la autoridad investigadora de COFECE publica un extracto del acuerdo de inicio de la investigación en el Diario Oficial de la Federación, en el que debe identificar el mercado materia de la investigación, a fin de que cualquier persona pueda aportar elementos durante la investigación que ayuden a la autoridad a determinar la estructura, funcionamiento particular y condiciones de competencia que presenta el referido mercado.<sup>16</sup></i></p>

<sup>15</sup> Párrafo tercero del Artículo 71 de la Ley.

<sup>16</sup> Artículo 94, primer párrafo y fracción I de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
<b>Contenido del Dictamen de la Autoridad Investigadora de COFECE:</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Identificación del o los <i>Agentes Económicos investigados</i> y, en su caso, del o los <i>probables responsables</i>.</li> <li>- <i>Hechos investigados y su probable objeto o efecto en el mercado</i>;</li> <li>- <i>Pruebas</i> y demás elementos de convicción que obren en el expediente de investigación y su análisis, <i>así como</i></li> <li>- Elementos que sustenten el sentido del dictamen y, en su caso, las <i>disposiciones legales</i> que se estimen <i>violadas</i>, así como las <i>consecuencias que pueden derivar de dicha violación</i>.<sup>17</sup></li> </ul>	<p><i>Medidas correctivas que considera necesarias para eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mercado investigado, a fin de que dentro del mismo puedan existir condiciones de competencia efectiva. Puede incluso solicitar una opinión técnica no vinculatoria a la dependencia coordinadora del sector o a la autoridad pública que corresponda, respecto de dichas medidas correctivas.</i><sup>18</sup></p>
<b>Procedimiento Seguido en Forma de Juicio:</b>	
<p><i>Inicia con el emplazamiento al o los probables responsables, con el dictamen de probable responsabilidad.</i><sup>19</sup></p>	<p><i>El dictamen preliminar se notifica a los agentes económicos que pudieran verse afectados por las medidas correctivas propuestas, entre ellas, las posibles barreras a la competencia y la libre concurrencia, así como a la dependencia coordinadora del sector o a la autoridad pública que corresponda.</i><sup>20</sup></p>

<sup>17</sup> Artículo 79 de la Ley.

<sup>18</sup> Artículo 94, fracción III de la Ley.

<sup>19</sup> Artículo 80 de la Ley.

<sup>20</sup> Artículo 94, fracción III de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
<p>El agente económico sujeto a investigación por una práctica monopólica relativa, puede manifestar por escrito su voluntad de acogerse al beneficio de dispensa o reducción del importe de las multas establecidas en esta Ley, por una sola ocasión <u>y hasta antes de que se emita el dictamen de probable responsabilidad</u>, siempre y cuando acredite a COFECE:</p> <p>-Su compromiso para suspender, suprimir o corregir la práctica o concentración correspondiente, a fin de restaurar el proceso de libre competencia y competencia económica, y</p> <p>-Los medios propuestos sean jurídica y económicamente viables e idóneos para evitar llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos, la práctica monopólica relativa objeto de la investigación, señalando los plazos y términos para su comprobación.</p> <p>En este caso, el Pleno de COFECE no se encuentra obligado a justificar la negativa a adoptar los medios propuestos por el agente económico sujeto a investigación.<sup>21</sup></p>	<p>El agente económico involucrado puede proponer a COFECE, medidas idóneas y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia identificados, y COFECE debe justificar en su caso, su negativa a adoptarlas.<sup>22</sup></p>

<sup>21</sup> Artículos 100 a 102 de la Ley.

<sup>22</sup> Artículo 94, fracción VII de la Ley.



Procedimiento General	Procedimiento Especial
Contenido de la Resolución Definitiva:	
<p>-Apreciación de los medios de convicción conducentes para tener o no por <i>acreditada la realización de la práctica monopólica</i>.</p> <p>- Determinación de que el o los <i>agentes económicos responsables tienen poder sustancial</i> dentro del mercado de que se trate, en términos de la Ley.</p> <p>-Determinación de <i>si se ordena la supresión definitiva de la práctica monopólica o de sus efectos o la determinación de realizar actos o acciones que neutralicen la práctica monopólica</i>, así como los <i>medios y plazos para acreditar el cumplimiento de dicha determinación</i> ante COFECE, y</p> <p>-Determinación sobre <i>imposición de sanciones</i>.<sup>23</sup></p>	<p>Una <i>orden al agente económico correspondiente, para eliminar una barrera que afecta indebidamente el proceso de libre concurrencia y competencia</i>.<sup>24</sup></p>

<sup>23</sup> Artículo 85 de la Ley.

<sup>24</sup> Artículo 94, fracción VII, inciso c) de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
<b>Efectos de la Resolución Definitiva:</b>	
<p>Del contenido de los artículos 85, fracción III, así como 127, fracción I de la Ley se desprende claramente que, el <i>procedimiento general tiene efectos relativos, en virtud de que se encamina a resolver tan sólo un problema particular detectado dentro de un determinado mercado relevante</i>, consistiendo estos efectos básicamente en: (i) corregir o eliminar las consecuencias anticompetitivas que haya generado la práctica monopólica respectiva; (ii) corregir o eliminar la práctica monopólica relativa sancionada, y (iii) sancionar económicamente la práctica prohibida realizada.</p>	<p>El <i>procedimiento especial</i> parte de la <i>premisa</i> consistente en que, <i>dentro del mercado que es materia de la investigación, no existen condiciones de competencia efectiva</i>. Esto se traduciría en el hecho de que COFECE sólo podrá calificar el hecho o acto lícitos de uno o más agentes económicos como una barrera a la competencia y la libre concurrencia, cuando los efectos de dicha conducta afecten el comportamiento general del referido mercado en grado tal, que las consecuencias de los actos o hechos de esos agentes económicos sean tan extensas, como para impedir que existan condiciones de competencia efectiva dentro de todo el mercado investigado.<sup>25</sup></p>
<p><i>No existe equivalente.</i></p>	<p>La <i>resolución</i> en la que COFECE determine la existencia de barreras a la competencia y la libre de concurrencia, <i>debe ser notificada a las autoridades que regulen el sector de que se trate para que, en el ámbito de su competencia determinen lo conducente, a fin de lograr condiciones de competencia.</i><sup>26</sup></p>

<sup>25</sup> Artículo 94, primer párrafo y Artículo 95, primer párrafo de la Ley.

<sup>26</sup> Artículo 95 de la ley, primer párrafo.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
Sanciones Aplicables:	
<p><i>Ordenar la corrección o supresión de la práctica monopólica de que se trate, y</i></p> <p><i>Multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del agente económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa, con independencia de la responsabilidad civil en que se incurra.</i><sup>27</sup></p>	<p><i>No hay sanción.</i></p> <p><i>Sólo se aplica una multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del agente económico que no obedezca la orden de eliminar una barrera a la competencia y la libre concurrencia.</i><sup>28</sup></p>
<p>Al ser la práctica monopólica relativa una <i>conducta ilícita</i>, las <i>personas</i> que hayan sufrido daños o perjuicios en virtud de la misma, <i>pueden reclamar judicialmente la indemnización correspondiente.</i><sup>29</sup></p>	<p>Al ser una <i>conducta lícita</i>, no tiene equivalente.</p>

<sup>27</sup> Artículo 127, fracciones I y V de la Ley.

<sup>28</sup> Artículo 127, fracción XIV de la Ley.

<sup>29</sup> Artículo 134 de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
<b>Proporcionalidad:</b>	
<p>En la imposición de multas se deben considerar <i>elementos para determinar la gravedad de la infracción</i>, tales como el <i>daño causado</i>; los indicios de <i>intencionalidad</i>; la <i>participación del infractor en los mercados</i>; el <i>tamaño del mercado afectado</i>; la <i>duración de la práctica</i>; así como su <i>capacidad económica</i>; y en su caso, la <i>afectación al ejercicio de las atribuciones de COFECE</i>.<sup>30</sup></p>	<p><i>Las medidas correctivas que COFECE resuelva imponer deben ser: proporcionales e idóneas<sup>31</sup> y económicamente viables para eliminar la falta de competencia efectiva dentro del mercado investigado; eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mismo, así como generar eficiencias en el multicitado mercado.</i><sup>32</sup></p> <p>Conforme al Artículo 12 de las Disposiciones,<sup>33</sup> tanto la autoridad investigadora de COFECE dentro del dictamen preliminar, como el pleno de COFECE dentro de su resolución, deben justificar además que las medidas correctivas que se impongan a determinado agente económico: (i) eliminan los problemas de competencia relacionados con la existencia de barreras a la competencia y la libre concurrencia, así como que (ii) las medidas</p>

<sup>30</sup> Artículo 130 de la Ley.

<sup>31</sup> Sobre este punto, conviene tener en cuenta los criterios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad que ha fijado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de restricciones válidas a los derechos fundamentales, mediante la jurisprudencia que tiene los siguientes datos de identificación:

“Rubro: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONDIDERARLAS VÁLIDAS. [J]; 10ª.Época; 1ª Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V; Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 533.”

<sup>32</sup> Artículo 94 de la Ley.

<sup>33</sup> ARTÍCULO 12. Cuando el Pleno de la Comisión pretenda aplicar medidas correctivas o aceptar las medidas propuestas en términos del artículo 94 de la Ley, debe justificar:

- I. Que la medida elimina los problemas de competencia relacionados con la existencia de Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia o las condiciones del acceso al insumo esencial; y
- II. Que la medida alcanza los fines de forma menos gravosa o restrictiva hacia el Agente Económico al que se le pudieran imponer las medidas, dentro de las alternativas que se deriven del expediente.

La Autoridad Investigadora, al proponer medidas correctivas en el dictamen preliminar conforme al artículo 94, fracción III de la Ley, debe elaborar la justificación correspondiente en términos de lo establecido en las fracciones anteriores.

	<i>alcanzan los fines de forma menos gravosa o restrictiva hacia el agente económico al que se le impongan, dentro de las alternativas que se deriven del expediente.</i>
Procedimiento General	Procedimiento Especial
Eficiencia:	
<i>No existe equivalente. Sin embargo, Cofece sólo sanciona las prácticas monopólicas relativas cuando sus efectos anticompetitivos son superiores a las ganancias en eficiencia que reportan las respectivas prácticas para los consumidores. Aquí, las ganancias en eficiencia deben ser demostradas por el agente económico sujeto al procedimiento respectivo.<sup>34</sup></i>	<i>COFECE se encuentra obligada a verificar (razonar en su resolución) que las medidas correctivas que dicte, generarán incrementos en eficiencia en los mercados.<sup>35</sup></i>

#### IV. Conclusiones.

De la interpretación armónica de los artículos comentados en el cuadro comparativo se desprende que, **en materia de obstáculos a la competencia, derivados de actos o hechos de los agentes económicos:**

##### 1.- Los Fines del Procedimiento General consisten en:

**a) Determinar si el agente económico** que fue denunciado por la supuesta comisión de determinada práctica monopólica relativa o bien, identificado por COFECE como probable responsable de cometer la misma, **tiene poder sustancial dentro del mercado relevante** de que se trate, **para lo cual la autoridad investigadora de COFECE deberá analizar** los diversos elementos previstos para tales efectos, tanto en la Ley como en las Disposiciones<sup>36</sup>. **Entre ellos, la barrera a la entrada** consistente en las restricciones constituidas por prácticas realizadas por los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dicha barrera como la oferta de otros competidores, así como **el comportamiento reciente del o los agentes económicos que participan en dicho mercado.**

<sup>34</sup> Artículo 55 de la Ley.

<sup>35</sup> Artículo 94 de la Ley, párrafo sexto.

<sup>36</sup> Artículos 58 y 59 de la Ley, así como 5, 6, 7, 8 y 9 de las Disposiciones.

De lo anterior se observa claramente que: (i) los *hechos o actos de un agente económico ya establecido en determinado mercado relevante, que impidan o limiten el acceso a nuevos competidores dentro de dicho mercado, **constituirán tan sólo una barrera a la entrada, si en el referido mercado existen otros competidores que en mayor o menor medida pueden contrarrestar el poder del agente económico dominante,*** y (ii) que *para determinar si un agente económico tiene poder sustancial, es **necesario comparar el comportamiento reciente del mismo, así como de sus competidores dentro de determinado mercado relevante, a fin de estar en posibilidad de precisar si los competidores existentes pueden contrarrestar el poder del dominante para fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismo.***

***b) Investigar y en su caso castigar administrativamente, la práctica prohibida por el Artículo 56, fracción XI de la Ley, consistente en la acción de uno o varios agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante, 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, ya que dicha práctica implica el abuso de la posición dominante de los primeros, para perjudicar a otros agentes económicos, al enfrentarlos a dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependan de su eficiencia, sino del abuso del poder del o de los dominantes.***

Sin perjuicio de lo anterior estimamos que COFECE, debería precisar la serie de actos de los agentes económicos que actualizarían el supuesto contenido en el Artículo 56, fracción XI de la Ley, mediante disposiciones de carácter general que publicara en el Diario Oficial de la Federación. Ello, con el propósito de brindar seguridad jurídica a los agentes económicos, acerca de las conductas que deben evitar, a fin de no ser sancionados por esta vía.

***c) Eliminar los efectos anticompetitivos que haya provocado la práctica prohibida por el Artículo 56, fracción XI de la Ley, mediante la orden de corregirla o suprimirla, siempre y cuando las ganancias en eficiencia que dicha práctica reporte en beneficio de los consumidores, sean menores que sus efectos anticompetitivos.***

## 2.- Los Fines del Procedimiento Especial son:

**a) Investigar si la conducta lícita de determinado agente económico, *hecho o acto de un agente económico no catalogado por la Ley como práctica monopólica o concentración ilícita, tiene por objeto o efecto: (i) el impedir el acceso de competidores a determinado mercado relevante o (ii) limitar su capacidad para competir en dicho mercado, impidiendo o distorsionando el proceso de competencia y libre concurrencia de manera generalizada, en grado tal, que su eliminación restauraría las condiciones de competencia efectiva de dicho mercado y por lo tanto, su funcionamiento eficiente.***

**b) Ordenar que se elimine la barrera a la competencia y la libre concurrencia impuesta por determinado agente económico *dentro de cierto mercado relevante, en virtud de que con dicha supresión, se restablecerán las condiciones de competencia efectiva dentro del mismo y se logrará un funcionamiento eficiente del mismo, en el entendido que dicha medida correctiva es proporcional, idónea y económicamente viable para eliminar la falta de competencia efectiva dentro del mercado investigado, así como la menos gravosa o restrictiva para el referido agente económico, dentro de las alternativas que se deriven del expediente.***

Para efectos de lo anterior y, en términos de lo dispuesto por los artículos 58 y **59**<sup>37</sup> de la Ley, así como 5, 6, 7, 8, 9, 11 y 12 de las Disposiciones, COFECE tendrá además que verificar que el agente económico al que le ordene eliminar la conducta catalogada como barrera a la competencia y la libre concurrencia tenga poder sustancial, ya que prohibir la realización de ese tipo de conducta, incluso a los agentes económicos que no cuenten con poder sustancial dentro del mismo mercado relevante, probablemente se traduciría en una medida correctiva desproporcionada y trascendental, la cual resultaría violatoria de los derechos fundamentales de los agentes económicos. En particular, de la libertad de empresa, la propiedad, la competencia económica, la libre concurrencia, y las garantías de seguridad jurídica.

---

<sup>37</sup>“**Artículo 59.** Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, **para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia** a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, **deberán considerarse los siguientes elementos:**

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.”



Cabe destacar que esta restricción impuesta por el legislador mexicano, mediante el artículo 59 de la Ley no es aplicable en otros países, tales como el Reino Unido, donde la autoridad de competencia económica ha impuesto medidas correctivas, incluso a agentes económicos sin poder sustancial dentro del mercado relevante.

**c) Notificar la resolución de COFECE, a las *autoridades públicas* que corresponda, a fin de que *en el ámbito de su competencia*, y conforme a los procedimientos previstos por la legislación vigente, *determinen lo conducente para lograr condiciones de competencia en el mercado relevante de que se trate.***

Dado que las medidas correctivas dictadas por COFECE mediante un procedimiento especial, normalmente tendrán efectos transversales en la economía nacional, estimamos que la ruta hasta ahora trazada por la autoridad ha sido la adecuada, aún cuando en términos de ley la misma resolución podría recomendar la supresión de una norma que se erija como Barrera a la Competencia por anticompetitiva y eliminar una conducta también anticompetitiva, es evidente que de no prosperar la recomendación por la barrera regulatoria podría hacer de entrada ineficaz la medida impuesta al agente económico respectivo situación que cuestionaría la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida impuesta a la conducta desplegada por el agente económico.

Atento a lo anterior se evidencia que Cofece ha seguido, hasta ahora, el orden más adecuado para corregir mercados. Lo anterior, toda vez que en el caso del sector financiero inicio por realizar un estudio de mercado que le permitiera identificar los problemas de competencia más relevantes de los mercados que lo integran, así como las principales causas de estos problemas, encontrando que en primer término debía dirigir sus recomendaciones sobre mejoras regulatorias a las autoridades públicas del sector, esperar un tiempo razonable tanto para la implementación de nueva regulación como para observar los efectos de esta mejora regulatoria en el sector.

Es evidente que el último paso será, con un nuevo marco normativo, evaluar el comportamiento del sector y la posibilidad de que con las modificaciones implementadas se den condiciones de competencia efectiva y finalmente, en su caso y a falta de dicha competencia, iniciar los procedimientos generales y especiales que sean necesarios para eliminar fallas estructurales y/o conductas de los agentes económicos que se sigan erigiendo aún como causas de la inexistencia de condiciones de competencia efectiva.

Por todo lo anterior, también es claro que, **el procedimiento general: (i) no fue diseñado con el fin de emitir medidas correctivas**, como es el caso de ordenar la eliminación de una barrera a la competencia y la libre concurrencia que afecta el comportamiento eficiente de cierto mercado relevante; **(ii) que por lo mismo, dicho procedimiento no cuenta con elementos suficientes para que COFECE dicte medidas correctivas proporcionales, idóneas y económicamente viables**, tales como: un análisis completo de la estructura y funcionamiento del mercado y de las propuestas de medidas correctivas de la autoridad investigadora, ni de los agentes económicos que impusieron la barrera a la competencia y la libre concurrencia, ni de los agentes económicos que se ven afectados por la existencia o eliminación de dicha barrera; ni la opinión técnica de las autoridades competentes sobre el impacto transversal que podrían llegar a tener las medidas que dictara COFECE en el sector de que se trate.

Finalmente, por lo antes expuesto se concluye que, **el procedimiento especial es la herramienta idónea para ordenar la eliminación de un hecho o acto de determinado agente económico que, impida la existencia de condiciones de competencia efectiva en determinado mercado relevante, no obstante que dicha conducta no se encuentre prohibida expresamente por la Ley, toda vez que conforme a la serie de elementos que COFECE se encuentra: (i) obligada a ponderar (ii) así como en el orden en el que debe ejercer sus facultades, estimamos que la intervención gubernamental en el comportamiento de los mercados, se llevará a cabo de manera razonada, proporcional, y sólo cuando la eliminación de la referida barrera a la competencia y la libre concurrencia sea necesaria, para restaurar las condiciones de competencia efectiva en determinado mercado, situación que nos beneficia a todos como consumidores finales.**