

Boletín Técnico en materia de Competencia Económica.

Lic. Omar Guerrero Rodríguez

I. Antecedentes.- La Ley Federal de Competencia Económica (la "LFCE"), cumplió recientemente 11 años de haber entrado en vigor y actualmente sus disposiciones son materia de debate. Las principales críticas se relacionan con la legalidad de las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia ("CFC"), las facultades abiertas que ejerce en la conducción de las investigaciones y del procedimiento en general, así como respecto de la constitucionalidad de los preceptos de la LFCE y su Reglamento.

Recordemos que la LFCE nació bajo el entorno económico existente durante la gestión del Presidente Salinas de Gortari en el que se impulsó la desregulación económica, la apertura comercial internacional y la privatización. El complemento natural de una política económica como la descrita fue precisamente la creación de la LFCE en el que se diera vida a la CFC como el "árbitro" que ase-

gurara un "campo de juego parejo" (*"level playing field"*), para los agentes económicos que intervinieran en el juego de la oferta y demanda de bienes o servicios.

Con la LFCE se dejó atrás la etapa de proteccionismo y controles estatales para dar paso al libre juego de las fuerzas del mercado. La LFCE precisamente es el instrumento legal/económico, en el cual se puntualiza que serán la eficiencia económica y la libre concurren-

CONSEJO DIRECTIVO NACIONAL 2004

C.P. Ignacio Treviño Camelo

Presidente

Ing. Emilio Illanes Díaz Rivera

Presidente Coordinador Area Técnica

Lic. Agustín Humann Adame

Secretario CDN y

Director General IMEF

COMITÉ TÉCNICO NACIONAL
JURIDICO FINANCIERO

PRESIDENTE

LIC. IGNACIO ORENDAIN

KUNHARDT

MIEMBROS

Lic. Omar Guerrero Rodríguez

Ing. Emilio Illanes Díaz Rivera

Lic. Amílcar Peredo Rivera

Lic. Enrique Ramírez Figueroa

Lic. Jose Saenz Viesca

Lic. Jose Salem Alfaro

Lic. Carlos Sánchez-Mejorada y
Velasco

Lic. Josette Serrato Combe

Lic. Misael Matus Patiño

Coordinador del Comité

Técnico Nacional

Juridico Financiero

cia a los mercados los valores jurídicos tutelados.

Ahora bien, las sentencias dictadas por nuestros tribunales federales han sido catalizadores de la discusión sobre la necesidad de reformas sustanciales a la LFCE (impulsadas por la propia CFC y por la Barra Mexicana de Abogados), e incluso de un proyecto de Ley Federal para la Competencia Económica y la Competitividad (el "Proyecto de Ley").

El propósito de este Boletín es fundamentalmente enfatizar que el Proyecto de Ley podría representar un retroceso en la política de competencia en México y que, por el contrario, la LFCE puede ser reformada con el objeto de darle certidumbre jurídica a los particulares y hacerla operativa para la autoridad.

II. Breve descripción de la problemática del Proyecto de Ley y de la necesidad de reformas a la LFCE.

A).-PROYECTO DE LEY.

El Proyecto de Ley rompe el sistema tradicional de la política preventiva (concentraciones) y declaratorias de dominancia de mercados que abastecen diversos mercados; pretende modificar sustancialmente el esquema actual de prácticas monopólicas y, de la misma manera, se distancia de los estándares internacionales existentes en los países que adoptaron la

economía de mercado como su modelo económico a partir de 1990. Finalmente, es contrario a los modelos de legislación de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea y se aleja de las recomendaciones que dio a nuestro país la OECD en sus documentos de evaluación realizados en 1998 y en 2003 respecto de la política de competencia en México.

El Proyecto de Ley fundamentalmente:

- (i) Desaparece la prohibición de pleno derecho o "per se" de las prácticas monopólicas absolutas o acuerdos entre competidores para fijar precio, dividir mercados, concertar posturas en licitaciones o restringir el abasto. Excepcionalmente los acuerdos entre competidores tienen efectos pro-competitivos (por ejemplo, la cooperación en investigación y desarrollo), por lo que desaparece la prohibición de que los agentes competidores deben tomar sus decisiones individualmente y no sustituir la competencia por cooperación artificial parece desacertada. El Proyecto de Ley se aleja de los estándares internacionales que los considera "por sí mismos perniciosos y sin justificación pro-competitiva" y sujeta dichas prácticas a una serie de requisitos que son más comunes en los acuerdos verticales y no en los horizontales.

- (ii) Desaparece las prácticas monopólicas relativas (contratos de exclusividad, división vertical de mercados, denegación de trato, ventas atadas, boicot, etc.).
- (iii) Omite considerar la política preventiva de concentraciones; es decir, solamente existirá el combate a la práctica monopólica pero no la de revisar previamente aquellas operaciones de adquisición de control que puedan crear o reforzar una posición dominante de un agente económico en el mercado. Así, al determinar de plano la comisión de una práctica monopólica, y anular por completo la figura de la concentración, se le imputa una responsabilidad más severa al agente económico; y,
- (iv) Omite establecer el procedimiento de persecución de las prácticas en el Proyecto de Ley y pretende que sea materia de Reglamento, lo cual no es correcto.

El Proyecto de Ley no debe sustituir a la LFCE sino por el contrario, esta última debe recoger la experiencia ganada en sus más de 11 años de aplicación administrativa, así como de los planteamientos de abogados postulantes, académicos, agrupaciones de profes-

sionistas y sentencias de nuestros tribunales federales. En otras palabras, se puede reformar la LFCE para que sea más operativa y que las modificaciones sean acordes a los estándares internacionales sin dejar de adecuar tales normas a la realidad nacional.

Sin embargo, es preciso señalar que en el nuevo Proyecto de Ley, se exponen diversas cuestiones que por la importancia su contenido, pudieran resultar de gran utilidad en un proyecto de reforma integral de la LFCE, como sigue:

- (i) Señalar de manera expresa lo que debe entenderse por "monopolio"¹, así como por otras figuras tales como "estanco", libre concurrencia" y "barrera al acceso".
- (ii) Establecer diversos elementos de competitividad.
- (iii) Adecuar lo referente a las barreras interestatales, otorgándole a la CFC facultades expresas para efectos de que solicite que se promuevan acciones inconstitucionalidad o controversias constitucionales, respecto de las disposiciones estatales o municipales que sean contrarias a la libre concurrencia y a la competencia económica.
- (iv) Señalar de manera más amplia y específica, las atribuciones de la CFC, como puede ser, el pro-

mover junto con autoridades federales, estatales o municipales actos que promuevan y protejan la libre concurrencia y competencia.

- (v) Disminuir la duración en la que los comisionados desempeñarán su cargo, con el fin de propiciar el movimiento y aportación de nuevas ideas, criterios y conocimientos.
- (vi) Señalar de manera expresa, que para efectos de lo dispuesto por la ley, los términos serán en días hábiles.
- (vii) Establecer en el marco de la LFCE, la atribución del Secretario Ejecutivo de la CFC, de publicar en el Diario Oficial de la Federación, un extracto del acuerdo de inicio de una investigación, y los requisitos que se deben observaren dicha publicación.
- (viii) Establecer en ley, la caducidad de las facultades de la Comisión.
- (ix) Señalar el derecho que tienen los presuntos responsables, de comprometerse a suspender, suprimir, corregir o no realizar la presunta práctica monopólica; así como el derecho de solicitar el beneficio de indulgencia por una sola vez.

B)- REFORMAS A LA LFCE.

La reforma total de la LFCE debiera comenzar por una

¹ No obstante, parecen ser conceptos superados en nuestra realidad legislativa.

mejor sincronía con el artículo constitucional que pretende reglamentar (artículo 28). La Constitución y la LFCE fueron realizadas bajo distintos contextos, de carácter económico, jurídico (nacional e internacional) y político. Dicha circunstancia provoca que existan numerosos amparos contra ley, precisamente porque la LFCE no puede ir más allá del texto constitucional. Los amparos contra ley más comunes son por violaciones a los artículos 14, 16, 28 y 49 de la Constitución. En este contexto, la disyuntiva establece que, o se reforma la Constitución, se reforma la LFCE o el papel de la judicatura se torna más activo para hacer una labor de adecuación histórico-jurídica de los preceptos que interpreta. Esta última alternativa, aun cuando fuera deseable, es remota por la falta de especialización en dichos temas de nuestros tribunales judiciales.

De esta manera se puntualiza, que si se conservara el texto actual de la LFCE, sería necesario realizar determinadas reformas al texto Constitucional, para evitar que la ley federal aludida, vaya más lejos de lo que dispone la propia Constitución.

Sin embargo, el texto Constitucional se podría mantener tal como se encuentra redactado en la actualidad, si por el contrario, se realizaran determinadas reformas a la LFCE, con el fin de adecuar esta última a

lo dispuesto por la Constitución.

A manera de ejemplo, las reformas constitucionales más urgentes serían las siguientes:

- (i) La ampliación del grupo o categoría de personas que pueden ser considerados como agentes económicos [caso de *Corredores Públicos vs. Notarios Públicos y Registrador Público para el Distrito Federal*].
- (ii) Eliminar la descripción de "alza inmoderada" de precios en prácticas colusivas;
- (iii) Contemplar las figuras de peligro y no solamente las de daño;
- (iv) Establecer nuevas fórmulas en cuanto al requerimiento del perjuicio a la "sociedad en general" o a una "clase social determinada". Recordemos que los valores protegidos por la LFCE hacen que tales parámetros se midan de manera teórica.
- (v) Reconsiderar que la LFCE no combate a los monopolios (por ausencia de hipótesis normativa y de sanción) sino solamente a las prácticas monopólicas, barreras interestatales (recientemente declaradas inválidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y a las concentraciones prohibidas; y,
- (vi) La valoración de si la eficiencia económica y libre concurrencia a los mercados tiene la connotación de bien jurídico tutelado que pueda ser considerado co-

mo garantía individual con un deber universal de respeto por las autoridades.

Una reforma menos ambiciosa, pero factible, deriva de incorporar las distintas sentencias de nuestros tribunales federales a la LFCE. Los aspectos más importantes en este sentido son precisamente:

- (i) Eliminar la fórmula abierta existente en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE que fue declarada inconstitucional por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sobre este aspecto cabe hacer notar que ya existe una iniciativa aprobada por el Senado de la República, para efectos de derogar dicha fracción, la cual ha sido turnada a la Cámara de Diputados para su discusión.
- (ii) Suprimir las 5 fracciones del artículo 7 del Reglamento de la LFCE que establece una lista adicional de prácticas monopólicas relativas;
- (iii) Establecer en la LFCE las prácticas monopólicas relativas establecidas en el Reglamento de la LFCE y otras que hayan sido ya detectadas e identificadas por la Comisión en su aplicación administrativa, durante la vigencia de la fórmula abierta descrita anteriormente;
- (iv) Señalar claramente las reglas y límites a las que se sujetarán las investigacio-

- nes de oficio de la Comisión;
- (v) Eliminar del Reglamento de la LFCE normas procedimentales que deben estar en la LFCE;
 - (vi) Eliminar el procedimiento de investigación de barreras interestatales y buscar su reglamentación de forma diversa ala existente en la actualidad (el problema del federalismo y el control de constitucionalidad);
 - (vii) Establecer criterios claros y orientadores para la determinación del mercado relevante y del poder sustancial de mercado.

De igual manera sugerimos que es necesario:

- (i) Definir realmente lo que es una "concentración", así como fortalecer y profundizar sobre el tema de "control";
- (ii) Revisar los parámetros para notificar una concentración;
- (iii) Revisar el tema de reestructuraciones dentro del mismo grupo de interés económico;
- (iv) Establecer los requisitos para considerar la existencia de un solo agente económico o mismo grupo de interés;
- (v) Establecer el mecanismo de

- coordinación para que las multas impuestas efectivamente se cobren; y
- (vi) Revisar los delitos existentes en el Código Penal Federal en relación con la "Economía Pública" (252 a 254).

Finalmente, otras reformas que deberán ventilarse, se refieren a si es conveniente el otorgamiento a la CFC de mayores instrumentos y facultades de investigación, incluso para dictar medidas precautorias y las reglas a las que tendrían que sujetarse. Asimismo, el fomento de programas de "perdón" a los agentes económicos que cooperan en la investigación de prácticas monopólicas prohibidas ("*Leniency Programs*"). Finalmente, el debate debe también centrarse respecto de si ha llegado el momento de tener un tribunal judicial especializado en materia de competencia. Recordemos que la CFC investiga, juzga y en varias ocasiones legisla en el caso particular respecto de los asuntos sometidos a su jurisdicción. En este último punto, a finales del año pasado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 10-VII de la LFCE [caso *Warner Lambert*],

el cual establecía una "fórmula o hipótesis abierta" por lo que "cualquier conducta indebida", podía ser considerada como práctica monopólica relativa bajo el supuesto de que existiera poder sustancial en el mercado relevante. La calificación de "*indebida*" rompía los principios de seguridad y certeza jurídicas protegidos por los artículos 14 y 16 de la Constitución. Como consecuencia de lo anterior, las prácticas monopólicas establecidas como reglamentarias de tal precepto corrían la misma suerte al detallar un precepto declarado inconstitucional.

III. CONCLUSIÓN.- Como podemos observar del desarrollo del presente Boletín, nuestro Congreso de la Unión juega un papel vital para no aprobar el Proyecto de Ley que significa un alejamiento de la experiencia ganada en nuestro país y de los estándares y modelos internacionales; sin embargo, el Congreso puede realizar reformas sustanciales a la LFCE vigente, comenzando por las más inmediatas y necesarias, producto de las resoluciones de nuestros tribunales federales y que han quedado apuntadas en el presente Boletín.

ESTIMADO SOCIO

Cualquier comentario, observación o sugerencia a este Boletín,
favor de hacerlo llegar directamente al autor.

Lic. Omar Guerrero Rodríguez
e-mail: ogr@bstl.com.mx