

La imperiosa necesidad de reformar la regulación en materia de competencia económica¹

Rafael M. Brito Anderson

Importancia de la política de competencia económica.

La competencia económica es una de las políticas fundamentales para la existencia de una sana economía: es un ingrediente esencial del marco regulatorio que requieren los mercados para operar eficientemente y constituye un importante instrumento para promover el desarrollo económico.²

En términos simples, una cabal política de competencia económica proscribire de manera firme y efectiva los monopolios, por una parte, por los altos precios y mala calidad de los productos y servicios que venden los agentes monopólicos a empresas y consumidores finales, lo que empobrece injustamente a estos últimos a costa de enriquecer ilegítimamente a los primeros y, por otra parte, porque lo anterior: incentiva a los productores monopólicos a perpetuar su posición, impidiendo indebidamente a otros agentes concurrir en el mercado y agravando permanentemente la situación; genera una distorsión que disminuye la competitividad del resto de la economía; e inhibe la inversión y, consecuentemente, la fuente de riqueza y de creación de empleos.

Por las razones anteriores, la prevención e impugnación sistemática y exitosa de los monopolios fomentan el desarrollo económico y, en cambio, una mala política en la materia, lo merma.

La competencia económica en nuestras Constituciones.

¹ Artículo publicado en “El Nuevo Milenio Mexicano”, Tomo III “El Cambio Estructural”, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2004.

² Un interesante desarrollo de estos conceptos es consultable en Sánchez Ugarte, Fernando, "La política de competencia en el desarrollo económico", Comisión Federal de Competencia, México, 2002.

En México, desde el siglo XIX, el Constituyente tuvo conciencia de las ineficiencias y distorsiones que causan los monopolios, previendo lo siguiente en el artículo 28 de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857:

"Artículo 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora."

Posteriormente, el Constituyente aprobó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, en la que se disponía:

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

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto el alza de precios, todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de

alguna otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio en general de alguna clase social.

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

Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza en que se produzcan, y que no sean artículos de primer necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.”

En 1982, se adicionó con un quinto párrafo el artículo 28 arriba transcrito, para exceptuar también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de ese precepto la prestación del servicio público de banca y crédito, a fin de legitimar la nacionalización de la banca privada decretada por el entonces Presidente de la República José López Portillo; sin embargo, esa adición tuvo una existencia efímera, al ser derogada en 1990.

En 1983 y 1993, el artículo 28 constitucional se volvió a modificar, para quedar como sigue:

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las Leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias

para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos que actúen en representación del banco y de los no remunerados

en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.”

La reglamentación del artículo 28 constitucional.

Los dos primeros párrafos del artículo 28 constitucional, desde 1917 a la fecha, han sido reglamentados por la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios de 1931, que fue sustituida por la de 1934 y, hace poco más de un década, por la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo, LFCE), que entró en vigor en junio de 1993, abrogando la regulación anterior.

Elogios y críticas a la LFCE.

La LFCE ha sido ante todo elogiada como el ordenamiento que por fin dio inicio a la adopción de una política en materia de competencia económica en México, dentro del contexto de profundo cambio en la dirección económica del país que inició a mediados de los ochentas, privatizándose empresas públicas, desregulándose la economía y abriéndose ésta a la competencia internacional. Al respecto, cabe recordar que, antes, una parte importante de la economía mexicana estaba bajo el control de precios y de monopolios, particularmente estatales.

Asimismo, la LFCE ha sido calificada favorablemente, por unos, como una ley moderna y eficiente. Dice la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE): *"La ley de competencia de México adopta ideas y prácticas avanzadas. La ley equilibra un tratamiento eficiente y fuerte de las restricciones competitivas más dañinas con un análisis económico razonable de otras restricciones, y aplica un tratamiento integrado de los poderes de mercado en*

*todas las situaciones relevantes. La elegancia y la claridad muestran que la ley es un producto de un gran conocimiento técnico, más que de una creatividad y compromisos políticos."*³

Sin embargo, la LFCE también ha sido criticada: *"al inicio de su vigencia y operación despertó suspicacias entre algunos juristas y abogados, quienes veían este sistema como una rareza en nuestro esquema jurídico."*⁴

Respecto de estas críticas, los asuntos que hasta el año 2003 había resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la LFCE validaban la constitucionalidad de la misma.⁵ No obstante, cabe observar que los puntos que habían planteado quienes se habían amparado en contra de algunos preceptos de la LFCE rayaban en la superficialidad, siendo que, desde una óptica jurídica, existen realmente, a mi parecer, graves faltas en la LFCE, producto de un lamentable descuido en su redacción final.

En algunos casos, en mi opinión, la LFCE adolece de errores que permiten a una adecuada defensa legal impugnar exitosamente la casi totalidad de las sanciones que pudiera pretender imponer la Comisión Federal de Competencia (a continuación, CFC), tanto tratándose de multas como de órdenes de hacer o dejar de hacer algo. En otros casos, se violentan garantías individuales básicas de los agentes económicos que resultan afectados por conductas antimonopólicas.

Los errores más notorios se han ido planteando ante el Poder Judicial de la Federación y existen recientes ejecutorias emitidas en 2003 y 2004 por la Suprema Corte Justicia de la Nación resolviendo la inconstitucionalidad de varias disposiciones trascendentes de la LFCE, empezando a causar con ello

³ OCDE, "Reforma Regulatoria en México", París, 2000, pág. 62.

⁴ Sánchez Ugarte, Fernando, "Diez años de política de competencia", en "La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia", Comisión Federal de Competencia, México D. F., 2003, pág. 111.

⁵ Ídem, págs. 106 a 112, y Moguel Gloria, Martín, "Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre Competencia Económica", en "La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia", Comisión Federal de Competencia, México D. F., 2003.

preocupación a agentes económicos que sufren las consecuencias de conductas monopólicas. Los demás errores se irán sin duda planteando en un futuro no muy lejano, corriendo la misma suerte.

Lo anterior, si no se hace un serio ajuste jurídico a la LFCE, terminará por hacer nugatoria la política de competencia económica.

Por ello, en este artículo se busca crear conciencia sobre la imperiosa necesidad, primero, de realizar un profundo y minucioso análisis técnico legislativo de la LFCE para, después, con base en dicho análisis, reformar de una manera especialmente cuidadosa la regulación en materia de competencia económica.

Para tal efecto, se expone a continuación, en primer lugar, un breve panorama sobre el contenido de la ley vigente. Después, se denotan y se reflexiona sobre las principales faltas técnico jurídicas de la LFCE. Por último, se formulan unos breves comentarios sobre aspectos adicionales que sería deseable prever en la materia.

Semblanza de la LFCE.

La LFCE, según el primer párrafo de su artículo segundo, *“tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.”*

Este objeto constituye sin duda lo que una buena regulación en la materia debe perseguir, y se encomienda el cumplimiento del mismo a la CFC.

La ley, buscando garantizar la independencia de la CFC, crea dicha Comisión como un órgano administrativo desconcentrado de la hoy Secretaría Economía, con autonomía técnica y operativa, así como con autonomía para dictar sus resoluciones (artículo 23), estableciendo como su órgano máximo de decisión un

Pleno integrado por cinco comisionados designados por el Presidente de la República por períodos escalonados de diez años, que delibera en forma colegiada y decide los casos por mayoría de votos (artículos 25 a 27).

De manera específica, la LFCE establece procedimientos para prevenir que se hagan concentraciones nocivas; para combatir la realización de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas; así como para investigar y declarar la existencia de actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero.

- a) Por concentración, la LFCE entiende *“la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”* (artículo 16) y, para prevenir las que puedan resultar perjudiciales, la ley establece que las que rebasen ciertos umbrales deben ser notificadas a la CFC antes de realizarse.

La CFC debe analizar esas concentraciones en un plazo perentorio (artículo 21), analizando fundamentalmente el mercado relevante y el grado de concentración en dicho mercado (artículo 18) y considerando como indicios de que afectan la competencia y la libre concurrencia las concentraciones que: confieren o pueden conferir al agente económico resultante de la concentración el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante; tienen o pueden tener “por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante”; o tienen por objeto o efecto facilitar sustancialmente a quienes se concentren la realización de prácticas monopólicas (artículo 17).

En ejercicio de esa atribución, la CFC ha conocido, entre los años de 1993 y 2002, 1831 asuntos, objetando concentraciones en 14 casos y sujetando la realización de otros 62 al cumplimiento de ciertas condiciones.⁶ En estos procedimientos, sólo son parte quienes notifican la concentración a la CFC, es decir, las empresas interesadas en concentrarse.

Con una finalidad análoga, la CFC opina sobre si agentes económicos pueden participar en determinadas licitaciones, particularmente en el caso de privatizaciones, concesiones y permisos, o si son susceptibles de obtener cierto tipo de concesiones y permisos fuera de licitación. De estos asuntos, la CFC ha objetado 19 y condicionado 21 de los 720 casos que ha analizado entre los años de 1993 a 2002.⁷

- b) Para combatir la realización de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas, la CFC inicia un procedimiento de oficio o por denuncia (artículos 30 a 33).

En materia de prácticas monopólicas, la LFCE distingue entre prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Las absolutas, son acuerdos entre competidores en materia de precios; para restringir la oferta de bienes y servicios; para dividirse el mercado; o para coordinar posturas o su abstención en licitaciones, y son sancionables *per se*, es decir que, para sancionarlas, la CFC sólo tiene que demostrar que se realizaron dichos acuerdos, sin ser necesario probar que causaron daño al proceso de competencia y libre concurrencia (artículo 9).

Las relativas, son actos que deben reunir varias características (artículos 10 y 11):

⁶ CFC, "La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia", México D. F., 2003, pág. 322.

⁷ Ídem, pág. 326.

- i) Tener por objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas;
- ii) Actualizar alguno de los siguientes supuestos: dividir "verticalmente" el mercado (artículo 10, fracción I); restringir el precio y demás condiciones de reventa (artículo 10, fracción II); sujetar una transacción a la adquisición de otro bien (artículo 10, fracción III); otorgar exclusividad de trato a un agente económico (artículo 10, fracción IV); denegar el trato a un agente económico (artículo 10, fracción V); boicotear a un cliente o proveedor a través de la concertación entre varios agentes económicos (artículo 10, fracción VI); y *"en general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios"* (artículo 10, fracción VII);
- iii) El presunto responsable que lleve a cabo el acto debe tener poder sustancial sobre el mercado relevante; y
- iv) El acto debe realizarse respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

Cuando se comprueba la realización de una práctica monopólica o concentración prohibida, la sanción comprende dos aspectos: la orden de suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración o, eventualmente, la orden de desconcentración parcial o total de lo que se haya desconcentrado indebidamente; y una multa de hasta 375,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal (\$16,965,000.00), tratándose de prácticas monopólicas absolutas; de 225,000 veces dicho salario (\$10,179,000.00), en los casos de las prácticas monopólicas relativas a que

se refieren las fracciones I a VI del artículo 10 de la LFCE; y de 100,000 veces dicho salario (\$4,524,000.00), en el supuesto de la fracción VII de este último precepto. Dichas multas pueden duplicarse, en caso de reincidencia (artículo 35) y, cuando a juicio de la CFC las infracciones registran particular gravedad, las multas pueden ser hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta (artículo 37).

En ejercicio de la atribución referida en este inciso b), de acuerdo con la CFC, dicho órgano, entre los años de 1993 y 2002, ha emitido sanciones o recomendaciones en 119 casos.⁸

La revisión de las resoluciones publicadas hasta ahora por la CFC en las Gacetas de Competencia Económica correspondientes a los meses de marzo de 1998 a abril de 2003, permite observar que durante ese periodo 63 fueron los casos sancionados. De éstos, 24 fueron en materia de prácticas monopólicas absolutas; 38 en relación con prácticas monopólicas relativas; y uno respecto de concentraciones prohibidas. Tratándose de prácticas monopólicas absolutas, el 41.66% fue sobre fijación de precios y el 29.16% respecto de licitaciones. Por lo que toca a las prácticas monopólicas relativas, el 42.10% se sancionó con base en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE (*"en general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios"*) y el 34.84% versó sobre denegaciones de trato.

Por lo que toca al monto de las multas que impuso la CFC, de las Gacetas referidas, hasta agosto de 2000, la mayor fue por \$1,132,500.00 y, la que le siguió en magnitud, fue por \$679,500.00; desde entonces, ha habido multas

⁸ Ídem, pág. 324.

más elevadas, siendo Telmex el agente económico más multado, por montos de entre \$2,107,500.00 y \$33,162,500.00.

- c) En materia de restricciones al comercio interestatal, la LFCE faculta a la CFC a emitir declaratorias sobre el particular, la cual ha tenido también un papel activo en este rubro.

Por último, cabe señalar dos cosas adicionales:

- Están sujetos a la LFCE todos los agentes económicos, incluidas las dependencias y entidades de las administraciones públicas federal, estatales y municipales, salvo en el caso de las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas, sin perjuicio de que las dependencias y organismos que tengan a su cargo dichas funciones *"estarán sujetas a lo dispuesto por esta ley respecto de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas"* (artículos 3 y 4).
- *"Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión. No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta ley, fuera de las que la misma establece."* (artículo 38).

Principales errores técnico jurídicos de la LFCE.

Una vez expuesto el contenido del artículo 28 constitucional vigente y los aspectos fundamentales de la LFCE, se está ahora en condiciones de denotar y reflexionar sobre los principales errores técnico jurídicos de este último ordenamiento.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 10, fracción VII, y la invalidez de los artículos 14 y 15, de la LFCE, el 25 de noviembre de 2003 y el 6 de enero de 2004, respectivamente. Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el artículo 10, fracción VII, de la LFCE, el 11 de febrero de 2004.

Se explican a continuación dichas inconstitucionalidades y su trascendencia en la materia, para después ahondar sobre otros graves defectos jurídicos de la LFCE.

1. La inconstitucionalidad del artículo 10, fracción VII, de la LFCE, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El artículo 10, fracción VII, de la LFCE, prevé el siguiente supuesto de práctica monopólica relativa: *"en general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios"*; lo anterior, sin perjuicio de que, para que sea punible dicha práctica, deben configurarse los demás requisitos que arriba se han expuesto en materia de prácticas monopólicas relativas.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió lo siguiente:

"(...) se advierte que la fracción VII del artículo 10 impugnado no señala con precisión el marco a través del cual la autoridad administrativa puede ejercer la facultad que le fue otorgada para imponer sanciones a quienes incurran en una práctica monopólica"

relativa, pues dicha fracción se concreta a señalar criterios genéricos referentes a que se dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia; pero no se establecen los parámetros necesarios para determinar el tipo de infracción que da lugar a la imposición de las sanciones especificadas; esto es, (...) la ley (...) no especifica la conducta infractora que provoca la sanción administrativa, de manera tal que se deja a la autoridad encargada de la aplicación de la ley, la facultad de determinar la infracción a la ley que se da en un caso concreto. Esa indeterminación produce inseguridad jurídica y viola el principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional, ya que al no estar establecida en ley la conducta infractora que da lugar a las sanciones, el gobernado ignora los motivos por los que se hará acreedor a dicha sanción y, a la vez, permite a la autoridad respectiva, al carecer de la orientación necesaria para imponer la sanción aplicable, el ejercicio absolutamente discrecional de sus facultades.

(...) En efecto, al no precisarse en la norma cuál es la conducta “en general... que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia”, queda al arbitrio de la autoridad calificar cualquier acto, contrato, convenio o combinación, hecho o situación que estime como tal, es decir, que en su concepto produzca o pueda producir alguno de tales efectos, de modo que deja a criterio de la autoridad determinar qué conductas, diversas a las expresamente previstas en la ley, constituyen prácticas monopólicas relativas, dado que la expresión apuntada deja un gran margen de laxitud a la autoridad, porque se deja librada a su criterio la posibilidad de utilizar el precepto en forma totalmente discrecional, de modo que el gobernado no conoce, previamente, en qué casos puede incurrir en una práctica monopólica relativa.

En estas condiciones, es dable concluir que la fracción VII del artículo 10 que se viene examinando, viola las garantías de legalidad y de seguridad jurídica que consagra el artículo 16 constitucional, al no definir la conducta infractora que da lugar a la sanción.”⁹

2. La inconstitucionalidad de los artículos 14 y 15 de la LFCE, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los artículos 14 y 15 de la LFCE prevén lo siguiente:

“Artículo 14.- En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero.”

“Artículo 15.- La Comisión podrá investigar de oficio o a petición de parte si se está en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, declarar su existencia. La declaratoria será publicada en el Diario Oficial de la Federación y podrá ser impugnada por la autoridad estatal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”

En relación con anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió:

“(…) el hecho de que el artículo 117, fracción V, de la Constitución Federal, impida que los Estados prohíban o graven, directa o indirectamente, la entrada a su territorio o la salida de él, a cualquier

⁹ Considerando vigésimo de la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia la Nación, relativa al amparo en revisión 2589/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, Sociedad Anónima de Capital Variable. En el mismo sentido, considerando quinto de la sentencia de fecha 11 de febrero de 2004 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia la Nación, relativa al amparo en revisión 1023/2002 promovido por Embotelladoras Argos, Sociedad Anónima de Capital Variable.

mercancía nacional o extranjera, no puede entenderse en el sentido de que faculte al Congreso de la Unión a instituir un medio de control constitucional a través de una ley secundaria, como lo es la Ley Federal de Competencia, ya que tales medios de control sólo pueden estar contemplados en la propia Constitución, pues únicamente la voluntad soberana, representada por el Constituyente o el Órgano Reformador de la Constitución puede establecer la existencia de los referidos medios y, sólo corresponde al legislador ordinario en su caso el desarrollar y pormenorizar las reglas que precisen su procedencia, substanciación y resolución.

(...) el control constitucional de normas generales o de actos de las autoridades estatales no puede crearse en una ley, sino en la propia Constitución y, es el caso que al establecerse en los artículos 14 y 15 de la Ley Federal de Competencia Económica, un medio a través del cual se analicen los actos de las autoridades estatales por su posible contradicción con la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que de ser así, sea declarada tal contradicción y dejen de surtir efectos jurídicos, no constituye otra cosa sino un medio de control constitucional instituido en una norma general ordinaria y no en la propia Constitución.

Por otra parte, los artículos 14 y 15 de la Ley Federal de Competencia Económica, no sólo instituyen un medio de control constitucional, sino que, además, facultan a un organismo público desconcentrado de la administración pública federal, como lo es la Comisión Federal de Competencia, para llevar a cabo el análisis y decisión sobre la constitucionalidad de los actos de las autoridades estatales, con lo cual se rompe con el respeto de los diferentes niveles de gobierno y de su respectivo ámbito competencial, en plena contravención a los artículos 40 y 41 de la Constitución Federal, puesto que, para tal

efecto, el Órgano Reformador de la Constitución instituyó en la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la controversia constitucional, que constituye el medio idóneo para regular, constitucionalmente, el ejercicio de atribuciones de las autoridades, ya sea en la esfera federal o local; de tal suerte que cualquier otra vía, instituida en una ley, para tal fin, es inconstitucional.

(...) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no confiere atribuciones al Congreso de la Unión para que, a través de una ley reglamentaria, como lo es la Ley Federal de Competencia Económica faculte a la Comisión Federal de Competencia para dirigir, investigar, supervisar y, en su caso, castigar la actividad pública, por tanto, los artículos 14 y 15 del citado ordenamiento legal son inconstitucionales (...).¹⁰

3. La trascendencia de las inconstitucionalidades declaradas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La inconstitucionalidad del artículo 10, fracción VII, de la LFCE, constituye sin duda un enorme golpe para la política de competencia económica. Esto es así porque es en esa fracción en la que la CFC ha fundamentado la mayoría de los asuntos en que ha sancionado a un agente económico por la realización de prácticas monopólicas relativas y prácticas monopólicas en general. En efecto, como se arriba se apuntó, con base en esa fracción, entre marzo de 1998 y abril de 2003, se sancionó el 42.10% de las prácticas monopólicas relativas y, vistas todas las prácticas en su conjunto, el 25.8% de las mismas. Y si se observa la tendencia que se ha dado al final ese período, entre enero y abril de 2003, se sancionaron con fundamento en la

¹⁰ Considerando décimo de la resolución de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia la Nación, relativa a la controversia constitucional 1/2001 promovida por el Gobernador Constitucional del Estado de Durango.

multireferida fracción, el 83.33% de las prácticas monopólicas relativas y el 62.5% del total de las prácticas monopólicas. Lo anterior, aunado a que la realidad ha demostrado que prácticamente no se sancionan concentraciones, pone de manifiesto el jaque en el que se encuentra la LFCE, por lo que corresponde a las facultades de la CFC en materia de impugnación de violaciones a dicho ordenamiento.

En cuanto a la declaratoria relativa a los artículos 14 y 15 de la LFCE, es claro que la facultad que se declaró inconstitucional sólo corresponde y sólo debe corresponder al Poder Judicial Federal, el cual puede conocer de los asuntos respectivos sin necesidad de que se instrumente reforma legal alguna, por lo que la declaratoria mencionada, en este caso, debe ser bienvenida en beneficio del sistema federal mexicano.

4. La propuesta que ha habido para hacer frente a la inconstitucionalidad del artículo 10, fracción VII, de la LFCE.

Se ha permeado que el Ejecutivo Federal, para que se ajuste la ley a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia la Nación, pretende proponer al H. Congreso de la Unión que se sustituya la fracción VII del artículo 10 de la LFCE por lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de dicho ordenamiento, que reglamenta la fracción VII mencionada con cinco tipo de conductas que en 1998 se habían identificado como las que eran cometidas por agentes económicos con poder sustancial, adicionales a las reguladas en las fracciones I a VI del multicitado artículo 10.

5. La propuesta anterior no salva el fondo del problema.

La fracción VII del artículo 10 de la LFCE tuvo como razón de ser el hecho de que tipificar en detalle cada conducta que pudiera tener un efecto dañino

en el proceso de competencia y libre concurrencia es prácticamente imposible, por la evolución constante de las conductas comerciales.

En consecuencia, la reforma que está trabajando el Ejecutivo Federal no constituiría, en el fondo, más que un parche que generaría un beneficio relativo.

En mi opinión, la intención que privó al redactar la mencionada fracción VII era buena. El problema fue la falta de técnica jurídica con la que se formuló, no sólo, de hecho, dicha fracción, sino también otras partes del artículo, particularmente el primer párrafo del mismo, que también, a mi modo de ver, dará lugar, cuando se impugne, a una declaratoria de inconstitucionalidad.

El grave error que contiene ese precepto para efectos de la reflexión que se hace en este momento reside, desde mi punto de vista, en el empleo de la palabra "*indebidamente*", tanto en el primer párrafo del artículo 10, como en la fracción VII.

Si se pone atención, se observará, como arriba se apuntó, que varios son los requisitos para que se actualice una práctica monopólica relativa, entre otros, que el acto tenga por objeto o efecto "*desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas*" y que, además, tipifique una de las fracciones del artículo 10 que, en el caso de la fracción VII, se trata de "*un acto que indebidamente dañe el proceso de competencia y libre concurrencia*".

Ahora bien, ¿qué es lo indebido?

Lo indebido es aquello que es contrario a una ley y, consecuentemente, la ley debe señalar, aunque sea en términos generales, cuál es la conducta

que debe considerarse indebida, especialmente tratándose de la regulación de actividades de particulares, quienes, cabe recordar, pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe.

Tomando en cuenta lo expuesto, si la ley establece que es ilegal desplazar indebidamente a otro agente económico del mercado mediante un acto que indebidamente dañe el proceso de competencia y libre concurrencia, incurre en un doble error, generando incertidumbre sobre qué tipo de conductas están prohibidas, en franca violación de las garantías de legalidad y de seguridad jurídica que consagra el artículo 16 constitucional.

Entonces, corregir la fracción VII y no así el primer párrafo del artículo 10, mantendrá el problema de inconstitucionalidad del precepto.

La palabra “*indebidamente*”, en el primer párrafo del artículo 10, parece evidente que está sobrando, por lo que, la simple eliminación de la misma solucionaría una parte del problema.

Por lo que toca a la fracción VII, lo que debe hacerse es darle un sentido claro al término criticado, sin que sea obstáculo, desde mi punto de vista, que dicho sentido sea general. El punto es simplemente fijar parámetros objetivos que: den certeza a los particulares sobre qué pueden y qué no pueden hacer; y que impidan actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad.

6. La carente regulación para impugnar monopolios existentes.

Un aspecto que resulta sorprendente es que tanto el artículo 28 constitucional como el 8 de la LFCE prevén que están prohibidos los monopolios, pero que, fuera de la manera de prevenirlos mediante la obligación que tienen los agentes económicos para notificar las

concentraciones que rebasan ciertos umbrales antes de realizarlas, no existe disposición alguna en la ley reglamentaria del artículo 28 para combatirlos.¹¹

Y esto, en mi opinión, constituye el principal defecto de la LFCE. Si existe consenso en que los monopolios son altamente nocivos para la economía y en que el pilar de una cabal política de competencia económica debe ser evitar la existencia de los monopolios, ese es el principal aspecto que debería cuidarse en la ley.

Alguien, al parecer, en algún momento, sembró una falsa opinión sobre la inconstitucionalidad que representaría desconcentrar monopolios, al grado de que la propia OCDE ha dicho: *"Requerir una desincorporación o reestructuración de una empresa privada podría dar lugar a una controversia constitucional."*¹²

Pero la inconstitucionalidad, en su caso, sólo podría operar en el supuesto de una aplicación retroactiva de la prohibición de los monopolios. Ahora bien, al datar esa prohibición desde 1857, no existe, hoy en día, ningún caso que pudiera dar lugar a dicha inconstitucionalidad y, aun suponiendo que existiera alguno, el mandato que prohíbe los monopolios tiene la misma jerarquía que el que prohíbe dar efecto retroactivo a una ley en perjuicio de persona alguna, por lo que, o no sería aplicable ese último mandato o, a lo sumo, no lo sería el primero en relación, exclusivamente, con la persona que hubiera tenido un monopolio desde antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1857.

¹¹ La LFCE prevé hipotéticamente la posibilidad de impugnar concentraciones realizadas que den lugar a monopolios. Sin embargo, dado que las concentraciones que rebasan los umbrales establecidos en la ley deben notificarse previamente a la CFC, el procedimiento de impugnación se reduce a aquellas concentraciones que se efectúen por debajo de dichos umbrales, las cuales difícilmente pueden llegar a configurar monopolios y, en caso de que si los configuraran, la ley limita poder impugnarlas al establecer en el artículo 22, fracción II, que no son impugnables las concentraciones que no requieren ser previamente notificadas, después de un año de haberse realizado. Ello, de hecho, explica porqué, a la fecha, prácticamente no haya habido ninguna impugnación de una concentración con fundamento en el capítulo V de la LFCE, razón por la que se afirma desde un punto de vista práctico lo que se dice en el párrafo respecto del cual se hace esta nota de pie de página.

¹² OCDE, op. cit., pág. 64.

Preocupante es, de hecho, que desde 1857 se haya ido reformando nuestra Constitución para, en vez de dar plena vigencia a la prohibición de los monopolios, crear más y más excepciones a esta última, al grado de que, incluso, se permita al legislador ordinario establecer dichas excepciones, al haber previsto el Constituyente que *"no constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: (...) y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión."*

Debiera más bien darse marcha atrás y eliminarse la mayoría de las excepciones, previendo nada más como tales, posiblemente: los denominados monopolios naturales, sin perjuicio de prever respecto de los mismos determinadas medidas a fin de maximizar las posibilidades de que funcionen como los más eficientes a nivel internacional (varios de los monopolios naturales, por cierto, no están exceptuados de la prohibición a nivel constitucional y, no obstante, funcionan como monopolios); la emisión de billetes; y los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores, artistas, inventores y perfeccionadores de alguna mejora para la explotación de sus obras, inventos y mejoras en exclusiva, cuando dicha explotación la hagan por sí mismos (en este último caso, en mi opinión, ni siquiera es justificable que si la explotación se hace por conducto de terceras personas se transfiera a estas últimas la posibilidad de actuar monopólicamente).

7. La incongruencia conceptual de los artículos 10 y 11 de la LFCE en relación con el artículo 28 constitucional.

Los artículos 10 y 11 de la LFCE contienen sin duda una paradoja al establecer como uno de los requisitos para que una práctica monopólica sea sancionable, el que quien la cometa deba tener poder sustancial o, dicho de

otra manera, poder monopólico. La paradoja reside en que esos preceptos, al establecer entre otros el requisito mencionado, está indirectamente validando la figura del monopolio cuando las conductas de los titulares de monopolios no se encuadran en una de las fracciones del artículo 10, siendo que dicha figura está expresamente prohibida por nuestra Carta Magna.

Por ello, esos preceptos son inconstitucionales.

8. Problemas relativos al procedimiento de impugnación de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas.

La LFCE es parca sobre el procedimiento aplicable antes de emplazar al presunto responsable de la comisión de una práctica monopólica o concentración prohibida.

Lo anterior provocó que la CFC, en un inicio, cuando recibía una denuncia, se limitara a emplazar al denunciado con la misma y a seguir el procedimiento como si se tratase solamente de una controversia entre particulares.

Afortunadamente, con el Reglamento de la LFCE que se expidió en 1998, se aclararon las cosas, de tal suerte que, desde entonces, de acuerdo con el artículo 37 de dicho ordenamiento, la CFC tiene el deber de realizar una investigación y de emplazar al presunto responsable con el resultado de dicha investigación, sin perjuicio de acompañar al emplazamiento las denuncias que hubiera recibido. Asimismo, el precepto referido prevé acertadamente que se publique en el Diario Oficial de la Federación un extracto del acuerdo de inicio de investigación; dicho extracto debe contener, cuando menos, la práctica monopólica o concentración prohibida a investigarse y el mercado en el que se realiza, pero sin revelar el nombre, denominación o razón social de los agentes económicos involucrados en la

investigación. Con lo anterior, la publicación mencionada pretende cumplir dos objetivos: maximizar las posibilidades de que la CFC se allegue de elementos; y permitir a los afectados participar en el procedimiento. Adicionalmente, en el citado artículo 37 se establece que el periodo investigación no puede ser inferior a 30 días hábiles y que cualquier interesado, durante ese periodo, puede presentar denuncias sobre los hechos motivo de la investigación.

Se ha hablado de que el proyecto de reformas a la LFCE propone reproducir lo dispuesto en el Reglamento en materia de la investigación, lo cual sin duda sería beneficioso.

Sin embargo, en relación con este tema, existen dos importantes defectos que es menester corregir: la publicación del extracto del acuerdo de investigación no permite incluir los datos de los agentes económicos investigados; y la referencia a la práctica monopólica o concentración investigada se limita a consistir en la reproducción del texto de una fracción de los artículos 9 o 10 de la LFCE o 7 de su Reglamento, respecto de un determinado mercado.

Lo anterior, trae aparejados dos grandes problemas:

- i) El acuerdo no contiene los datos mínimos necesarios para que los afectados por las conductas investigadas sepan con claridad qué conductas son las que se investigan, lo que genera, por una parte, una menor recepción de elementos por parte de la CFC y, por otra parte, tomando en cuenta que una vez que se emplaza al presunto responsable no son admisibles más denuncias sobre los mismos hechos, limita indebidamente el derecho que tienen los afectados para participar en el procedimiento. Esto último es particularmente grave en el caso de que existan daños y perjuicios, ya que en

términos del artículo 38 de la LFCE, para poder deducir la acción correspondiente por la vía judicial a fin de obtener una indemnización, es necesario haber demostrado durante el procedimiento que se sigue ante la CFC haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita.

- ii) Al agente económico investigado se le requiere información sin hacerle saber que está siendo investigado y se le apercibe de que en caso de no contestar se le impondrá una multa, siendo que en un procedimiento que culmina con una sanción, no puede obligarse a alguien a declarar en su propia contra.

9. La inconstitucionalidad del artículo 4 de la LFCE.

El artículo 4 de la LFCE da a entender que cuando el Estado actúa en las áreas estratégicas, no está sujeto a lo dispuesto por ese ordenamiento. Es claro, desde la Constitución, que las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas no se consideran formalmente como monopolios.

Ahora bien, nótese que el Constituyente distingue entre lo que son monopolios y lo que son prácticas monopólicas y sólo excluye las áreas estratégicas respecto del primer concepto, mas no del segundo. Lo anterior, a mi parecer, significa que lo que se pretendió fue permitir al Estado que realizara de manera exclusiva actividades en ciertas áreas de la economía, sin perjuicio de que el Estado debiera abstenerse de abusar de esa ventaja.

Siendo esto así, la LFCE no debería de haber excluido de su aplicación al Estado cuando comete prácticas monopólicas en las áreas estratégicas.

Por lo expuesto, consecuentemente, es inconstitucional el artículo 4 de la LFCE al dar lugar a la exclusión criticada.

10. Las deficiencias en materia de concentraciones.

La LFCE, en materia de concentraciones, adolece, entre otros problemas, de las siguientes deficiencias:

- i) Como arriba se dijo, para considerar que la concentración debe ser impugnada, debe tomarse en cuenta si se actualiza alguno de los indicios a que se refiere el artículo 17 de la LFCE, a saber, si confiere o puede conferir el poder de fijar precios unilateralmente o de restringir sustancialmente el abasto o el suministro en el mercado relevante; si tiene o puede tener “por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante”; o si tiene por objeto o efecto facilitar sustancialmente a quienes se concentren la realización de prácticas monopólicas.

Ahora bien, al utilizar el legislador el término de indicios, ello significa que, legalmente, no es suficiente que se actualice uno de dichos supuestos para que se pueda impugnar la concentración correspondiente, sino que es necesario acreditar otros hechos de los que se desprenda que la concentración efectivamente será nociva para el proceso de competencia y libre concurrencia.

Sin embargo, no existen razones distintas a los mal denominados indicios para objetar una concentración, lo cual, consecuentemente, pone en una situación delicada a la CFC en caso de que un agente económico decida combatir una resolución que le objete o condicione la concentración que desee realizar.

- ii) La LFCE establece la obligación de notificar las concentraciones antes de que se realicen a efecto de que la CFC evalúe la operación y, en su caso, la objete o condicione. Ahora bien, el hecho de que la concentración, una vez notificada, se cierre antes de que la CFC emita una resolución, en la mayoría de los casos, no trae aparejada sanción alguna y, en cambio, se dificulta enormemente su impugnación;¹³ esto último, dado que, en estos casos, lo legalmente procedente es que la CFC cierre el procedimiento de notificación, pues el mismo pierde su objeto al realizarse la concentración, y que abra el procedimiento del Capítulo V de la ley, para la impugnación de la concentración, ya que es sólo a través de dicho procedimiento que la CFC puede ordenar una desconcentración. Esto, por obvias razones, resulta altamente ineficiente frente a la posibilidad de estructurar de una manera distinta el procedimiento de notificación, previendo una sanción efectiva en contra de quien realice una concentración sin contar con la previa aprobación de la CFC.

- iii) La LFCE permite a un afectado por una concentración denunciarla y ser parte en el procedimiento correspondiente, siempre y cuando la CFC no se pronuncie sobre dicha concentración en un procedimiento de notificación.

Sin embargo, la LFCE no prevé la posibilidad de que el afectado sea parte en el procedimiento de notificación (artículo 20) y, además, establece que las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable de la CFC en un procedimiento de notificación no podrán ser impugnadas (ni de oficio ni por un

¹³ Sólo se prevé como “sanción” en contra de quien realice una concentración sin la aprobación de la CFC el que la operación no será inscribible en el Registro Público de Comercio. Sin embargo, la mayoría de las concentraciones no son inscribibles.

afectado), salvo que *"dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa"* (artículo 22, fracción I).

De esta manera, el legislador presupuso que la CFC, mientras no le aporten información falsa, es infalible, razón por la que es innecesario darle la posibilidad a los afectados de hacer valer dicha afectación y de defenderse siendo parte en el procedimiento correspondiente.

Esto, a todas luces, es violatorio de las más elementales garantías individuales y debe de ser corregido para que, sin dilatarse el procedimiento de notificación, pueda comparecer y ser parte cualquier afectado.

- iv) Tal y como arriba se apuntó, del universo de notificaciones que recibe la CFC, sólo una ínfima parte es objetada o condicionada por dicho órgano. Esto, lleva a la reflexión de que resulta necesario modificar los umbrales previstos en el artículo 20 de la LFCE y/o los criterios para notificar una concentración, para efecto de evitar que incurran en costos y pérdida de tiempo injustificados tanto los particulares como el personal de la CFC.
- v) Si uno revisa con cuidado lo dispuesto en el artículo 21 de la LFCE, que regula el procedimiento de notificación de concentración, y se toma en cuenta que las facultades de investigación de la CFC están ubicadas en un capítulo distinto de la ley, a saber, en el del procedimiento que se sigue para impugnar prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas, cabe llegar a la conclusión de que la CFC, desde un punto de vista estricto, en el caso de la notificación, debe emitir su resolución basándose exclusivamente en la información que le

proporciona el notificante, lo cual resulta inoperante y es frecuentemente incumplido por la CFC.

11. Los errores en materia de daños y perjuicios.

En materia daños y perjuicios, resulta a todos luces arbitrario y, consecuentemente, inconstitucional, sujetar la posibilidad de demandar daños y perjuicios por violaciones a la LFCE, a la condición de que el afectado acredite dichos daños ante la CFC. Al respecto, debiera bastar, en su caso, que la CFC emitiera una resolución declarando que se cometió una determinada práctica monopólica o concentración prohibida, aún sin mediar denuncia, para que cualquier afectado, con base en ese antecedente, pudiera demandar por la vía judicial una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

12. El problema en materia de prácticas monopólicas absolutas.

La realización de conductas que la LFCE tipifica como prácticas monopólicas absolutas, conlleva una sanción, sin resultar necesario analizar si la conducta en cuestión daña el proceso de competencia y libre concurrencia. Justificó en su momento esta situación el primer Presidente de la CFC, el Dr. Santiago Levy, en el hecho de que, tal y como se reconoce en las legislaciones de muchos países, *"existen un conjunto de prácticas comerciales, que sin importar cuáles son las condiciones de los mercados ni el número de las empresas que las ejerciten, siempre se consideran nocivas para la competencia y la eficiencia, y por lo tanto, siempre deben ser castigadas. Estas son las prácticas absolutas. Dicho de otra forma, en el caso de las prácticas absolutas no es factible concatenar a un escenario en donde esa práctica tenga un efecto benéfico para el país, y por eso mismo, se persiguen siempre. (...) Esta lista (la contenida en el artículo 9 de la LFCE) tal vez podría ser criticada como corta. (...) la respuesta que da la Ley*

en el caso de México, es que resulta mejor equivocarse, en el sentido de clasificar alguna práctica como relativa aunque pudiese ser absoluta, para permitir un ambiente de negocios sano y dinámico, que equivocarse en el sentido de tratar de regular o prohibir una práctica, la cual potencialmente podría ser benéfica para los negocios, al clasificarla como absoluta. (...) la filosofía de la ley mexicana consiste en que es importante sancionar aquellas prácticas que, sin ninguna ambigüedad, siempre tienen un efecto nocivo que la competencia (...)."¹⁴

Al respecto, es claro que la clasificación de prácticas monopólicas *per se* tiene ventajas, fundamentalmente, la disuasión de su realización.

No obstante, incluso la experiencia norteamericana sobre este tema, de donde se basó nuestra ley vigente, es en el sentido de que la aplicación de la regla *per se*, en algunos casos, es injustificada. *"Los tribunales en Estados Unidos sencillamente no han podido desarrollar una teoría coherente para determinar cuándo debe aplicarse la regla per se. (...) En el fallo de la Suprema Corte sobre el caso National Collegiate Athletic Association v. Universidad de Oklahoma, por ejemplo, el tribunal sostuvo que "la cuestión esencial... es si la restricción objetada favorece o no la competencia". En suma, la tendencia de los tribunales de Estados Unidos se opone claramente a "establecer una división formalista" entre prácticas mercantiles.*"¹⁵

En el ámbito mexicano, en mi opinión, se presentan en la realidad casos de conductas que, de acuerdo con el artículo 9 de la LFCE son prácticas monopólicas absolutas, pero que, lejos de ser dañinas a la competencia, son favorables a la misma; esto sucede, por ejemplo, cuando pequeños o medianos productores o comerciantes llegan a acuerdos en materia de

¹⁴ Levy, Santiago, "Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica", en "Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, págs. 67 y 68.

¹⁵ García Rodríguez, Sergio, "Reflexiones Comparativas de la Ley", en "Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, págs. 47 y 48.

precios para la compra de insumos, buscando competir con la empresa con poder sustancial en el mercado relevante.

Por lo anterior, desde el punto de vista jurídico, considero que las conductas hoy tipificadas como prácticas monopólicas absolutas sólo debieran ser sancionadas en la medida de que otorguen poder monopólico al grupo de agentes económicos competidores que acuerden su realización.

Desde mi punto de vista, sancionar un acuerdo entre competidores se justifica en la medida en que por virtud de dicho acuerdo los agentes económicos que lo suscriban obtengan poder monopólico. En caso contrario, no hay razón para impedirlo. A mayor abundamiento, no resulta congruente, por una parte, que si dichos competidores se concentran se pueda aprobar la concentración, pero que si se limitan exclusivamente a celebrar acuerdos, se les sancione.

Por las razones expuestas, se estima también impugnable el artículo 9 de la LFCE.

13. El conflicto de intereses de la CFC en relación con sus funciones.

La LFCE concentra en un órgano las facultades de investigar una conducta indebida, juzgar si efectivamente lo es y sancionarla. Toda proporción guardada, es como si el ministro público investigara el delito y emitiera la resolución condenatoria. El conflicto de intereses es patente y genera, en mi opinión, otra inconstitucionalidad de la LFCE.

14. El problema de las sanciones.

La regulación de las sanciones, a mi modo de ver, tiene los siguientes defectos:

- i) El artículo 34 de la LFCE establece multa hasta por el equivalente a 1,500 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, como medida de apremio; y el artículo 35 del mismo ordenamiento fija multas hasta por 100,000, 225,000 y 375,000 veces el salario mencionado (y hasta por 7,500 veces el salario a los individuos que participen en la conducta prohibida en representación de personas morales). Al utilizarse el término “hasta”, la multa puede hipotéticamente ser de 1 centavo. ¿No sería más bien lógico que el monto mínimo de las multas empezara en un rango sustancialmente elevado, sobre todo si se considera que los infractores tienen poder monopólico y obtienen ganancias importantes mediante la comisión de las conductas correspondientes?
- ii) De acuerdo con el artículo 36 de la LFCE, para la imposición de las multas, uno de los elementos a considerar es la gravedad de la infracción; es decir, si es muy grave, aplicará una multa alta, por ejemplo, 375,000 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, de conformidad con el artículo 35. Ahora bien, según el artículo 37 de la propia LFCE, en el caso de las infracciones que, a juicio de la CFC, revistan particular gravedad, las multas pueden ser hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta. Lo anterior no muestra más que un aspecto adicional de vulnerabilidad de la ley, por una parte, al establecer dos medidas de gravedad para una misma conducta y, por otra parte, porque en el caso del artículo 37 de la LFCE la calificación de la arbitrariedad queda “a juicio”, es decir, al arbitrio y discrecionalidad de la autoridad.

Lo anterior posiblemente explica que las multas que ha impuesto la CFC, en comparación con lo que sucede en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea, son la mayoría de las veces bastante bajas, tomando en cuenta el tipo de infracción que se dio y el tamaño del agente económico que la realizó.

Algo que podría ser positivo, en algunos casos, sería fijar una multa de varias veces el monto que el agente económico podría hipotéticamente ganar durante cierto periodo con la comisión de la conducta indebida.

15. Otros defectos de la LFCE.

Múltiples conceptos manejados en la LFCE adolecen de falta de claridad, lo cual, si bien no implica una inconstitucionalidad, amerita realizar un esfuerzo para mejorarse. Al respecto, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que *"desde el punto de vista de una técnica legislativa muy depurada, sería altamente recomendable que la ley fuera más detallada en la descripción de algunos conceptos, para que de esa manera se facilitara el análisis de la legalidad de las resoluciones administrativas que lleguen a dictarse en esta materia"*.¹⁶

Asimismo, es conveniente corregir los defectos de redacción y el empleo de palabras equívocas, recordando que una ley debe ser escrita de tal forma que todas y cada una de sus disposiciones no den lugar a interpretaciones disímboles ni a incongruencias entre sí.

En relación con lo señalado en el párrafo precedente, a guisa de ejemplo, cabe citar el artículo 19 de la LFCE, que a la letra indica:

¹⁶ Considerando décimo octavo de la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia la Nación, relativa al amparo en revisión 2589/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, Sociedad Anónima de Capital Variable.

“Artículo 19.- Si de la investigación y desahogo del procedimiento establecido por esta ley resultara que la concentración configura un acto de los previstos por este capítulo, la Comisión, además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá:

I.- Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que fije la Comisión; o

II.- Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la su presión de los actos, según corresponda.”

Respecto del precepto transcrito, es observarse lo siguiente:

- i) El legislador, al referirse a una investigación y al procedimiento establecido por la ley, es lógico suponer que estaba pensando en el procedimiento regulado por el Capítulo V de dicho ordenamiento, que se titula "Del Procedimiento". Ahora bien, ese procedimiento aplica a concentraciones ya realizadas, cuando menos a partir de que se haga el emplazamiento al presunto responsable. Y si ya se realizaron dichas concentraciones, no resulta factible entonces aplicar lo dispuesto en la fracción I del artículo 19, a saber, sujetar la realización de algo que ya se realizó al cumplimiento de condiciones.
- ii) Si, en cambio, el legislador pretendió referirse al procedimiento de notificación de concentraciones, debe tomarse en cuenta que éste sólo procede respecto de concentraciones que todavía no se realizan y, consecuentemente, en esas situaciones, no procede la

aplicación de la fracción II del artículo 19, a saber, ordenar la desconcentración de algo que todavía no se concentra.

Ejemplos de incongruencias y defectos legales de este tipo hay muchos en la LFCE, por lo que es conveniente corregirlos.

Algunos aspectos adicionales a regular en materia de competencia económica.

Hasta aquí, se han apuntado los errores de la ley que se consideran graves. A continuación, se reflexiona sobre algunos aspectos que sería conveniente prever de manera adicional en materia de competencia económica.

1. Las facultades de investigación.

Las facultades de la CFC en materia de investigación son sumamente pobres y limitan, de manera grave, el éxito que podría tener dicho órgano con facultades efectivas.

Al respecto, como señala el Dr. Fernando Sánchez Ugarte, actual Presidente de la CFC, *"sería conveniente que la Comisión tuviera facultades para realizar visitas domiciliarias y secuestrar archivos, desde luego cumpliendo las formalidades que prevé la Constitución."*¹⁷

2. Los programas de indulgencia o amnistía.

Los programas de indulgencia o amnistía brindan reducción de las sanciones a quienes participan en colusiones ilegales y las denuncian de tal forma que faciliten sustancialmente a la autoridad su impugnación.

¹⁷ Sánchez Ugarte, Fernando, "Diez años de política de competencia", en op. cit., pág. 123.

Estos programas han sido empleados con éxito en otros países tanto como una medida para obtener la información y pruebas necesarias para acreditar la comisión de prácticas monopólicas, como, derivado de su eficacia, para desincentivar la realización de dichas prácticas. En tal virtud, resultaría conveniente recoger esa experiencia en nuestra legislación.

3. La necesidad de una aplicación integral de la política de competencia económica.

En ocasiones, diversas autoridades se han resistido a aplicar, al ejercer sus funciones, los criterios de competencia económica.

Lo anterior tiene su causa en varios factores, entre los que destacan los siguientes:

- i) Los órganos reguladores, a veces, se pliegan a los agentes económicos con poder sustancial que ofrecen un crecimiento rápido de la cobertura de servicios, por la buena imagen que políticamente genera en el momento el logro de ese objetivo;
- ii) Privatizar una empresa u otorgar concesiones genera mayores ingresos para el Estado en el corto plazo cuando se ofrece una operación monopólica; y
- iii) La política de competencia no ha merecido, en los hechos, el apoyo decidido del titular del Ejecutivo Federal.

Ante esta situación, resulta importante armonizar la LFCE con los ordenamientos que aplican las autoridades mencionadas, buscando que la CFC participe, de manera vinculativa, en todas las decisiones que puedan afectar el proceso de competencia y libre concurrencia.

4. La autonomía de la CFC.

Así como el Constituyente elevó a rango constitucional, en 1993, la existencia de un banco central autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración, con un mandato claro, sería positivo que hiciera lo mismo en materia de competencia económica.

En su defecto, cabría reformar la LFCE con el objeto de que el nombramiento de los comisionados sea efectivamente escalonado, independientemente de las salidas prematuras de algunos de ellos, como aconteció el sexenio pasado. Sería también conveniente prever, en esta materia, como en la de telecomunicaciones y la de mejora regulatoria, entre otras, que se diseñara un proceso de selección de los comisionados que involucrara de una manera importante a la sociedad.

Al parecer, el proyecto de reformas a la LFCE que se está preparando en el seno del Ejecutivo Federal contempla proponer que los comisionados sean nombrados por el Presidente de la República, con aprobación del H. Congreso de la Unión. En relación con este aspecto, no debe olvidarse que, al constituir lo anterior una excepción al principio de división de poderes, sería necesario reformar la Constitución, a fin de que se previera una disposición en términos análogos a lo contemplado en el artículo 89, fracciones III, IV, IX y XVIII, de nuestra Carta Magna.

Conclusión.

La competencia económica es una de las políticas fundamentales para la existencia de una sana economía y para promover el desarrollo económico. Al respecto, la LFCE, aunque bien intencionada, corre el riesgo de volverse nugatoria ante el lamentable descuido técnico jurídico con el que fue redactada. Por ello, se vuelve

imperioso hacer un serio y minucioso estudio de la ley vigente, a fin de que, con reformas impecablemente diseñadas, tanto jurídica como económicamente, se corrijan los errores y se fortalezca la política de competencia.

Mayo de 2004

Bibliografía

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, "Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones", tomo V, artículos 28 -36, ed. Porrúa, 2003.

Comisión Federal de Competencia, "Gaceta de la Competencia Económica", años 1 al 6, números 1 al 15, México, marzo de 1998 a abril de 2003.

Comisión Federal de Competencia, "Informe Anual", México, 1993 al 2003.

Comisión Federal de Competencia, "La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia", México, 2003.

García Rodríguez, Sergio, "Reflexiones Comparativas de la Ley", en Universidad Nacional Autónoma de México, "Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica", México, 1994.

Levy, Santiago, "Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica", en Universidad Nacional Autónoma de México, "Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica", México, 1994.

Moguel Gloria, Martín, "Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre Competencia Económica", en Comisión Federal de Competencia, "La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia", México D. F., 2003.

OCDE, "Reforma Regulatoria en México", París, 2000.

Sánchez Ugarte, Fernando, "Diez años de política de competencia", en Comisión Federal de Competencia, "La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia", México, 2003.

Sánchez Ugarte, Fernando, "La política de competencia en el desarrollo económico", Comisión Federal de Competencia, México, 2002.

Resoluciones y sentencias

Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa al amparo en revisión 2589/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, Sociedad Anónima de Capital Variable.

Sentencia de fecha 11 de febrero de 2004 de la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa al amparo en revisión 1023/2002 promovido por Embotelladoras Argos, Sociedad Anónima de Capital Variable.

Resolución de fecha 25 de noviembre de 2003 del Pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa a la controversia constitucional 1/2001 promovida por el Gobernador Constitucional del Estado de Durango.

Normatividad

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992 y del 23 de enero de 1998 (fe de erratas).

Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación del 4 de marzo de 1998.