

SIN UN ESTADO FUERTE NO HAY MERCADOS COMPETITIVOS: A 20 AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Carlos ELIZONDO MAYER-SERRA*

Sumario: I. *Los monopolios y la Constitución.* II. *El cambio de modelo económico.* III. *Los retos para implementar la nueva ley de competencia.* IV. *Algunos casos relevantes.* V. *Las reformas constitucionales de 2013.*

I. LOS MONOPOLIOS Y LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de México tiene una importante raíz liberal. El gobierno de la Revolución mexicana fue heredero directo de los liberales del siglo XIX. La Constitución de 1917, tal como fue presentada por Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente, era meramente una reforma a la previa, la de 1857.

Los liberales ganaron la guerra civil en el siglo XIX. Su visión del mundo la plasmaron en la Constitución de 1857 como respuesta a un mundo de poderes opresivos, desde el más evidente, que era el del gobierno en turno, por lo que había que proteger al ciudadano de sus arbitrariedades, pero también del poder que ejercían todo tipo de monopolios públicos y privados. Éstos florecieron a lo largo de nuestra vida independiente, aunque muchos se originaron cuando aún éramos una colonia española.

Si bien, como dicen Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, “Obvio es que una Constitución tiene que irse adecuando a la cambiante realidad y esta adecuación puede realizarse principalmente a través de dos métodos: la interpretación judicial y la reforma”,¹ hemos reflexionado poco

* Profesor-investigador en el CIDE. Una versión de este texto apareció en *La política de competencia en el umbral de la consolidación*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013, pp. 55-78.

¹ Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1991, p. 16.

del porqué dejamos atrás nuestra fuerte tradición liberal en materia económica.

El artículo 28 de la Constitución y sus implicaciones no fue un tema que Jorge Carpizo abordara con mayor detalle en su amplia obra. El eje de su preocupación en materia constitucional fue la naturaleza del régimen político, la protección constitucional de los derechos humanos, los dilemas del federalismo y la construcción de los derechos sociales. Sin embargo, la preocupación de la tensión entre los derechos sociales y los individuales es una constante en su obra.

El artículo 28 era en su origen profundamente liberal, pero esta premisa se nos suele olvidar. El ciudadano tampoco siempre sabe que el artículo 28 promueve vigorosamente la competencia y castiga a los monopolios. No tiene por qué conocer nuestro texto constitucional y ha vivido en un mundo donde unas pocas empresas dominan en la mayoría de los sectores importantes, amén de sufrir por los monopolios propiedad del gobierno donde ni siquiera se tiene la opción de escoger de una empresa a otra.

No está de más recordar la versión original del artículo 28:

Art. 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...

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 obtener el alza de los 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 alguno 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 del público en general o de alguna clase social.

Este artículo en su versión original casi no aceptaba excepciones. Solo las relacionadas con:

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 controlara el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se con-

cedan 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.

También quedaban exentas:

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, y que no sean artículos de primera necesidad...

Este componente liberal a favor de la competencia se fue diluyendo primero en el Congreso Constituyente donde se aprobó un artículo 27 y un 123 muy distintos a los propuestos por Carranza. El 27 fortalece el poder del Estado frente a la propiedad privada. El 123 otorga una serie de derechos a los trabajadores frente a los empresarios que los emplean.

Con todo, como lo señala Jorge Carpizo: “Debe quedar claro que con estas garantías sociales nunca se persiguió menoscabar las de carácter individual sino, al contrario, complementarlas, armonizarlas, para hacer realidad la igualdad, la libertad y la dignidad humanas”.² Pero este equilibrio no se dio durante varias décadas.

La tendencia estatista se fue fortaleciendo significativamente a lo largo de los gobiernos posrevolucionarios que fueron reservando distintas áreas económicas al sector público, así como con la implementación de una reforma agraria que distribuyó casi la mitad del territorio entre los campesinos que no tenían o habían perdido su tierra. Sin embargo, la tierra se les dotó a través del régimen de propiedad ejidal o comunal, contrario a los principios expresos del liberalismo del siglo XIX, ejemplificados éstos por la desamortización de todas las formas de propiedad colectiva, incluida la de las comunidades indígenas.

La Constitución se fue volviendo más restrictiva. Por ejemplo, el artículo 27 estipula desde 1940 que “tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se expedirán concesiones ni contratos”.³ El propio artículo 28 fue también agregando excepciones. A partir del 3 de febrero de 1983 afirma:

² *Ibidem*, p. 13.

³ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940, en: <http://goo.gl/tuo7q>.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en la áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: Acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.⁴

Estos cambios constitucionales son reflejo de una política económica basada en una fuerte presencia del Estado directamente como empresario o productor e indirectamente a través de una intensa protección comercial y todo tipo de regulaciones y subsidios. Este modelo se fractura con la crisis fiscal de 1982, la cual hace evidente que el gobierno no tiene los recursos ni las capacidades administrativas para seguir regulando la economía de esta forma, amén de que la excesiva protección había llevado a una economía poco competitiva, basada en un creciente déficit comercial a pesar de los altos ingresos petroleros de la época. Incluso después de las fuertes devaluaciones de 1982, mayores a la alta inflación del periodo, la capacidad exportadora de manufacturas seguía siendo muy baja, dada la mala calidad de lo producido en México. No enfrentaban competencia en el mercado interno, en donde podían vender productos de mala calidad u obsoletos. No así en el exterior, aunque fueran baratos tras la devaluación.

II. EL CAMBIO DE MODELO ECONÓMICO

Ante la quiebra fiscal y la necesidad de hacer un profundo ajuste en la materia para poder pagar una abultada deuda, el presidente Miguel de la Madrid inicia un esfuerzo de limitar el papel del Estado a partir de una serie de privatizaciones de empresas industriales en poder del gobierno, primero en sectores poco importantes, y, después, para someter a la economía a la competencia de bienes procedentes de otros países, decidió que México ingresara al GATT en agosto de 1986. A partir de 1988, con la llegada al poder de Carlos Salinas, se profundizan las reformas económicas iniciadas por De la Madrid y se intensifica la agenda de desregulación y la de priva-

⁴ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, en: <http://goo.gl/qzWh5>.

tización, ya no solo de empresas industriales menores, sino algunas de gran importancia como la siderúrgica Lázaro Cárdenas, y otras de servicios de gran peso en la economía, como son telefonía y banca. Con todo, las dos empresas mexicanas más grandes, Pemex y CFE se mantienen en manos del gobierno y como monopolios en su sector, aunque con algo de espacio para la iniciativa privada en materia de producción de electricidad.

La reforma crucial de Salinas en materia de competencia es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual se anuncia el 10 de junio de 1990, para empezar a negociar el 5 de febrero de 1991 y concluir con la firma del tratado por los tres jefes de Estado el 17 de diciembre de 1992, sujeto a la ratificación de los respectivos parlamentos. Entró en vigor el 1o. de enero de 1994.

El TLCAN abre la economía a las importaciones de la región, con una serie de reglas claras respecto al ritmo y forma de la apertura por lo que se convierte en un poderoso mecanismo para mejorar la calidad de diversos productos y disciplinar a muchos mercados. Su impacto, sin embargo, está limitado a los de los bienes comerciales, es decir los que se pueden importar, mas no a los servicios. Incluso dentro de los bienes comerciales el impacto del TLCAN es mucho más acotado en los sectores donde hay una red dominante que controle su distribución.

En paralelo a la negociación del TLCAN, se van gestando otros cambios para preparar a la economía a una mayor competencia. Se privatizan algunos monopolios públicos, como el de telefonía en 1990, con lo cual se hace evidente la necesidad de fortalecer la regulación del artículo 28 a través de una ley de competencia moderna.

El artículo 28 donde están plasmados nuestros principios económicos liberales no había tenido una regulación eficaz. Era un mero objetivo programático, pero no se habían desarrollado las instituciones para hacerlo realidad. Si bien existía una Ley Reglamentaria de este artículo, promulgada en 1934, más que pretender disciplinar a los monopolios en el espíritu del 28, que era estimulando la competencia, regulaba precios y limitaba la entrada de nuevas empresas en algunas industrias cuando la autoridad consideraba que ya había demasiados jugadores. No se consideraba monopólica ninguna empresa pública o de participación estatal, incluso si no estaba en un área estratégica o prioritaria.

Se desconfiaba de los mercados y se fue legislando con mucho detalle para regularlos a través de controles de precios. Ejemplo de este cuerpo legal es la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950 y los innumerables decretos oficiales de controles de precios en varios años posteriores. La idea vigente era que se enfrentaba

el problema de precios excesivos regulándolos desde el poder del Estado, no estimulando la libre competencia para que fuera el mercado el que hiciera esa tarea.

El presidente Salinas rompe con esta tradición de controlar los mercados a través de fijar los precios y otras disposiciones intervencionistas para buscar hacerlo a través de una buena regulación de los mercados, es decir castigando las prácticas dominantes y limitando a los monopolios. Un mercado bien regulado, desde una lógica liberal, es el mejor instrumento para lograr mejores precios y productos de mayor calidad. Con este objetivo se promulga en 1992 la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Ésta llevó a la creación en junio de 1993 de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco). Esta ley, a partir de las mejores prácticas en la materia, busca hacer de la competencia el eje para que los precios se alineen en el mercado, sin que los oferentes puedan abusar de su posición dominante en el mercado en caso de tenerla.

Resabios de la lógica anterior quedan en los casos que marca el artículo 7o. de dicha ley, donde el gobierno podrá seguir determinando algunos precios, con cierta vaguedad de cuándo se puede justificar el seguir esta práctica que había sido extensiva antes de las reformas salinistas. Sin embargo, este artículo se ha usado poco. En los primeros años de vigencia de la ley fue el instrumento utilizado para tratar de regular productos como la tortilla y la masa de maíz. Este artículo fue precisado en 2006, cuando se determina que la Cofeco tiene que emitir una declaratoria de no existencia de condiciones de competencia efectiva antes de regular precios. Fue el instrumento utilizado para regular los precios en el suministro de gas por ductos al consumidor final.

En la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica que crea la Cofeco se estipula con claridad el objetivo del nuevo marco jurídico:

... promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas... Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios, en suma, una mayor eficiencia.⁵

⁵ Cámara de Diputados, *Diario de los debates*, núm. 10, 26 de noviembre de 1992, pp. 4 y 5, en: <http://goo.gl/JatjF>.

III. LOS RETOS PARA IMPLEMENTAR LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA

Una institución como la Cofeco tiene dos grandes objetivos centrales: el primero, hacer que la ley en la materia se cumpla realmente, y el segundo, defender las políticas públicas que estimulan la competencia. Lo primero resultó complicado de arranque por la inexperiencia de la nueva institución y por la gran capacidad de litigio de los afectados, lo segundo tomó tiempo en permear en el debate público, pero terminó por imponerse, con las reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia que entraron en vigor apenas el 10 de junio de 2013.

No fue un parto fácil el del nuevo mundo de la competencia plasmado en 1992 a través de una nueva ley y una institución, la Cofeco. Si bien los autores de esta ley pensaban que tenían una ley de avanzada, su implementación resultó más complicada de lo anticipado, dado el entramado político y jurídico en que se iba a implementar.⁶

Los empresarios mexicanos estaban acostumbrados a un mundo de poca competencia, productos de mala calidad y de precios fijados entre ellos o por el gobierno. Cuando el gobierno fijaba el precio por debajo de sus costos podía ser muy oneroso, pero si los empresarios del ramo lograban persuadir al funcionario encargado de decidir el precio oficial y de esta forma conseguir el precio más alto justificado (quizá porque los costos eran altos, por tener empresas en la que habían invertido poco y operaban de forma deficiente), el control de precios podía servir para que todos cobraran lo mismo y por lo tanto, aún si hubiera otros oferentes, la competencia no determinara el precio de venta, sino una decisión política que podía permitir márgenes altos y utilidades aseguradas, aún sin invertir en la mejor tecnología disponible.

Los empresarios tuvieron en sus esfuerzos litigiosos un poderoso instrumento a su favor: el juicio de amparo. Paradójicamente, el amparo es una más de las herencias de la Constitución liberal de 1857, que como se mencionó anteriormente, se mantiene casi idéntica en la de 1917: un instrumento para proteger al ciudadano del potencial abuso de la autoridad. Mientras vivimos en los años dorados del régimen priísta, el amparo

⁶ Véase *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. En particular el capítulo de Santiago Levy Algazy: “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica”, en: <http://goo.gl/B7gbl>.

tenía un cierto espacio en la protección de algunos derechos, pero estaba claramente acotado. Si al Ejecutivo le importaba un tema en litigio, o presionaba al Poder Judicial para que la sentencia saliera a su favor, como en la reforma que crea una tasa única en el ISR a las personas morales, cuyas primeras sentencias en la Suprema Corte fueron a favor del causante, o bien, cambiaba la Constitución como se hizo en 1931 para evitar que el amparo frenara el reparto agrario o en 1982 para presionar a la Suprema Corte para que sobreseyera el amparo de los banqueros contra la expropiación de sus empresas.

Con la decisión del presidente Zedillo en diciembre de 1994 de hacer un Poder Judicial realmente autónomo, la presión política como mecanismo de litigio pierde efectividad. La autoridad en todos sus ámbitos, incluida la Cofeco, debe aprender a litigar sus casos.

En el caso de la Cofeco la complejidad es particularmente alta. Si bien se trata de una ley que parecía de avanzada desde el punto de vista de su concepción analítica, tuvo que enfrentar muchas disputas y querellas. Dada la falta de una cultura del litigio desde la autoridad en temas técnicos y complejos que requieren a un Poder Judicial sensibilizado a los temas en cuestión, no fue fácil para la Cofeco hacer valer sus decisiones. Muchos de sus puntos centrales fueron litigados por los empresarios, por lo que se tuvo que ir construyendo toda una jurisprudencia que aclarara cómo se debía entender el alcance de cada uno de sus artículos.⁷

La mera figura de la suspensión, uno de los elementos centrales del juicio de amparo, el cual congela la decisión de la autoridad mientras se determina si el amparo procede o no, hizo muy endebles las decisiones de la Cofeco. La suspensión puede durar varios años, dadas las muchas instancias procesales a las que pueden acudir los afectados. Una particularidad del juicio de amparo es que permite litigar no solo si la autoridad está cumpliendo con la legislación vigente, sino incluso si el texto de la ley se apega o no a los principios constitucionales. Por ejemplo, la fracción VII del artículo 10 de la LFCE fue declarada inconstitucional, de suerte tal que la Cofeco ya no podía sancionar algunas prácticas monopólicas relativas. También fueron declarados inconstitucionales, los artículos 14 y 15 de la LFCE, que impidió a la Cofeco declarar la existencia de actos de autoridades locales que constituyeran barreras al comercio interestatal.

⁷ Para un análisis de este debate véase: Moguel Gloria, Martín, “Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre competencia económica”, en Cofeco, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Cofeco, 2003.

Los litigios fueron muchos y si bien la tasa éxito en la cortes por parte de la Cofeco no es baja, pierden juicios muy importantes, como las primeras declaratorias de dominancia en telecomunicaciones y la concentración Ferromex/Ferrosur. Además, la suspensión del acto reclamado por sistema impide regular con eficacia mientras dura el juicio. Los siguientes dos gráficos dan cuenta de la capacidad de litigio de la Cofeco.

Gráfico 1. Juicios de amparo. Porcentaje de éxito en la defensa de las resoluciones de la Cofeco ante el PJE, 2008-2012

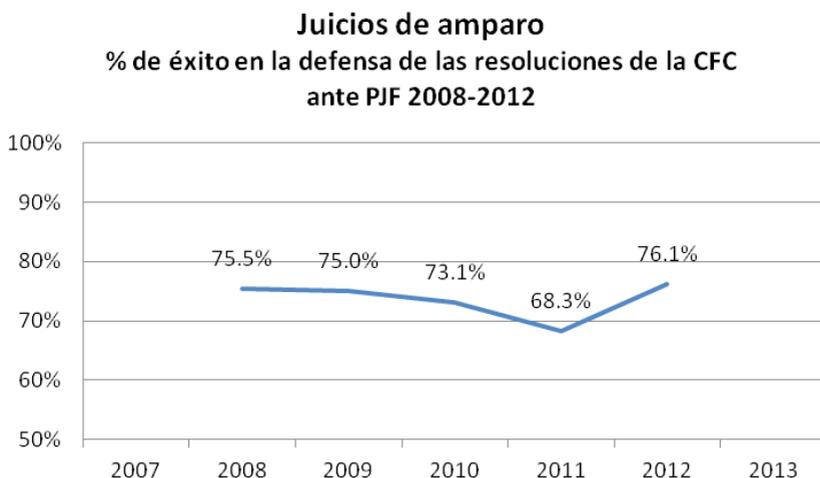
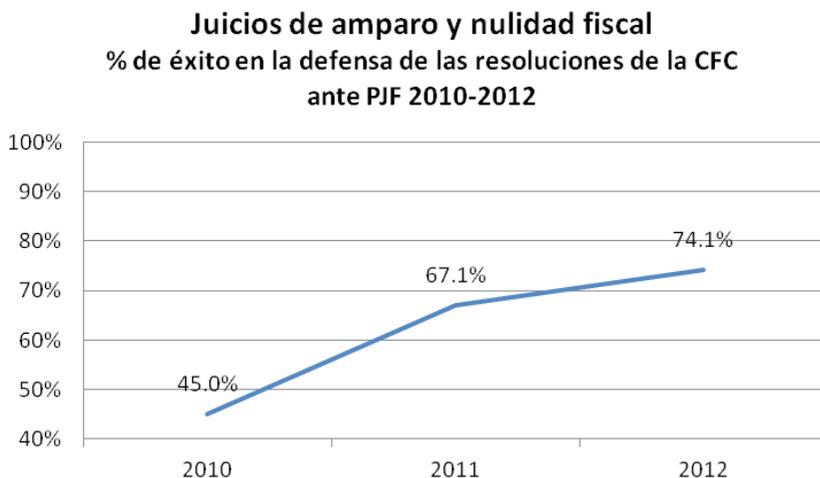


Gráfico 2. Juicios de amparo y nulidad fiscal. Porcentaje de éxito en la defensa de las resoluciones de la Cofeco ante el PJE, 2010-2012



Los instrumentos para sancionar a los infractores, además, son limitados, la multa máxima era de alrededor de 1.5 millones de dólares.⁸ Curiosamente los redactores de la ley estaban orgullosos de esas multas ya que, según el texto de la iniciativa, se trataba de sanciones muy altas respecto a otras en el sistema jurídico mexicano, para que tuvieran

Un verdadero efecto disuasivo y minimicen los incentivos a infringir la Ley. En este sentido, la iniciativa propone sanciones pecuniarias mayores que las establecidas en otros ordenamientos, en razón de que las ganancias monetarias que se obtendrían con las prácticas monopólicas serían extremadamente altas, de manera que si la sanción pecuniaria fuera pequeña, no se detendrían las infracciones de la ley, ya que las ganancias obtenidas a partir del daño causado a la sociedad pueden ser enormes.⁹

Sin embargo, no eran tan altas comparativamente hablando, no había sanciones penales para los infractores, como en otros países, y como ya se dijo, se podían litigar casi eternamente.

⁸ Perez Motta, Eduardo y López Hoher, Ángel, *World Bank, Mexico's competition policy matures, Lessons at the 20 year mark.*

⁹ Véase el *Diario de los Debates* del 11 de diciembre de 1992: <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/55/2do/Ord1/19921211.html>.

Medido por multas impuestas y cobradas, el comportamiento de la Cofeco ha sido irregular. En 1994 impuso 23 multas de las cuales cobró 19, aunque por monto solo representaban el 48.6% de las sanciones. Pero en 1995 solo impuso 5 multas (por un total de 277 000 pesos) y cobró casi todas. No solo el monto era bajo como para disuadir a las empresas con prácticas no competitivas, sino que muy pronto aprendieron a litigar mejor, evitando que les cobraran las multas, a la par de que la Cofeco fue menos activa en imponer multas. Así para 2001 impuso diez multas, pero solo pudo cobrar dos, que representaban menos del 10% de las sanciones totales. Para 2003 no impuso una sola multa y en años subsecuentes aunque las impusieran, no cobraron casi nada. Véase tablas 1 y 2.

Tabla 1. Multas impuestas y cobradas por la Cofeco, 1993-2012¹⁰

Año	Número de multas impuestas	Monto total de multas impuestas en el año	Número de multas cobradas	Monto total de multas cobradas	Porcentaje de cobro
1993	2	\$512 000.0	2	\$512 000.0	100.00%
1994	23	\$1 403 994.4	19	\$681 694.7	48.55%
1995	5	\$277 666.50	5	\$267 862.50	96.47%
1996	9	\$127 060.6	8	\$87 111.9	68.56%
1997	31	\$915 155.4	21	\$406 865.4	44.46%
1998	8	\$3917 862.0	3	\$2 198 862.0	56.12%
1999	3	\$ 81 550.3	3	\$81 550.3	100.00%
2000	24	\$55 070 410.0	20	\$46 995 660.0	85.34%
2001	10	\$60 487 250.0	3	\$6 000 000.0	9.92%
2002	28	\$97 996 726.5	3	\$1 500 000.0	1.53%
2003		-		-	0.00%
2004	6	\$16 220 711.0	1	\$46.0	0.00%
2005	74	\$729 720 819.6	24	\$233 425 094.2	31.99%
2006	8	\$247 986.0	1	\$313.0	0.13%
2007	11	\$11 732 531.0	7	\$9 856 627.7	84.01%
2008		-	0	-	0.00%
2009	44	\$373 101 397.0	4	\$81 995.6	0.02%
2010	243	\$271 562 289.8	110	\$120 638 709.2	44.42%
2011	55	\$123 789 515.1	2	\$123 789.0	0.10%
2012	28	\$66 678 297.9	2	\$31 995.0	0.05%

¹⁰ Información proporcionada por la Cofeco.

Tabla 2. Multas impuestas y casos sancionados por la Cofeco, 1993-2012¹¹

Año	Multas impuestas (Millones de pesos)	Casos sancionados
1994	32.12	10
1995	0.90	7
1996	1.67	17
1997	3.29	15
1998	17.17	14
1999	5.70	9
2000	16.07	11
2001	168.82	13
2002	76.95	23
2003	60.41	6
2004	15.85	8
2005	778.40	11
2006	9.70	3
2007	36.10	4
2008	1.25	0
2009	415.96	5
2010	198.71	4
2011	147.20	9
2012	122.16	6

Ahora bien, las tablas anteriores dan cuenta de todas las multas impuestas, muchas de las cuales no se pudieron cobrar por haber perdido la Cofeco los procesos de revisión judicial interpuestos por los afectados. La efectividad es claramente mayor medida como el porcentaje de aquellas multas que se pueden cobrar, por estar ya firmes las resoluciones respectivas y que por lo tanto ya están en proceso de cobro por parte del SAT, quien es el responsable de cobrar. Véase tabla 3.

¹¹ Información proporcionada por la Cofeco.

Tabla 3. Multas firmes en sede judicial, 1993-2012¹²

Año	Número de multas impuestas	Monto total de multas impuestas en el año	Número de multas cobrables	Monto total de multas cobrables	Porcentaje de monto de multas cobrables vs. monto de multas impuestas
1993	2	\$512 000	2	\$512 000	100.00%
1994	24	\$1 403 994	22	\$903 993	64.39%
1995	13	\$277 666	10	\$267 862	96.47%
1996	13	\$119 943	8	\$79 995	66.69%
1997	31	\$915 155	21	\$409 865	44.79%
1998	8	\$3 917 862	6	\$3 118 362	79.59%
1999	3	\$81 550	3	\$81 550	100.00%
2000	23	\$55 070 410	20	\$46 995 660	85.34%
2001	9	\$55 487 250	4	\$1 803 500	3.25%
2002	29	\$102 996 726	17	\$47 470 422	46.09%
2003	0	-	0	-	-
2004	6	\$16 220 711	5	\$4 940 706	30.46%
2005	74	\$729 720 819	27	\$265 015 094	36.32%
2006	8	\$2 447 986	7	\$2 059 771	84.14%
2007	11	\$11 732 531	9	\$11 394 822	97.12%
2008	0	-	0	-	-
2009	45	\$455 301 397	15	\$419 509 517	92.14%
2010	242	\$189 362 289	232	\$183 364 256	96.83%
2011	55	\$123 789 515	52	\$112 951 675	91.24%
2012	47	\$122 164 313	45	\$111 965 313	91.65%

Después de muchos intentos la Cofeco y otros actores interesados en la competencia lograron convencer al Poder Legislativo de que le dotaran de más instrumentos. La primera reforma es en 2006, cuando se definen mejor algunas prácticas no competitivas y le permite cobrar multas mayores. La segunda reforma se da en 2011, cuando la Cofeco obtiene la posibilidad de imponer multas hasta por el 10% del ingreso del agente sancionado y la posibilidad de imponer de 3 a 10 años de prisión por acuerdos colusivos donde se busque manipular precios, la cantidad y calidad de productos que se ofrecen, distribuir mercados o tratar de manipular licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. La Cofeco no puede directamente imponer sanciones penales. Requiere presentar querrela ante el ministerio

¹² Información proporcionada por la Cofeco.

público. Es el juez quien determina que se imponga la sanción. Hasta el momento de escribir este texto no se había utilizado.

A la Cofeco también se le dotó de instrumentos para propiciar denuncias dentro de las propias empresas a través de la solicitud de inmunidad por los denunciantes. Primero en las reformas de 2006. Con las reformas de 2011 se incrementaron las sanciones económicas y penales, así como la posibilidad de realizar visitas domiciliarias sin previo aviso, de tal suerte que se incrementaron los incentivos para denunciar acuerdos colusivos y beneficiarse de los beneficios del programa de inmunidad. Hasta diciembre de 2012 este cambio propició 45 solicitudes de inscripción al programa de inmunidad (74% del total, desde 2006).

Finalmente, también se le dio a la Cofeco la posibilidad de hacer visitas sorpresa a las instalaciones de empresas cuya conducta estuviera bajo sospecha. Solo se ha dado un caso, en 2011, y desde entonces se determinó la necesidad de tener una unidad especializada para que estas visitas de verificación puedan funcionar adecuadamente.

A pesar de los cambios, la ley sigue teniendo una restricción fundamental: la existencia de monopolios públicos. En su artículo 4o. establece que, para los efectos de esta ley:

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 constitucional. No obstante, las dependencias y organismos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por esta Ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos en los supuestos del artículo constitucional referido.

Si bien en lo que se refiere a actos sí están contemplados, hay poco casos al respecto, uno de éstos se discute más adelante.

Si bien estas reformas fueron un avance, también fueron complicando mucho la administración e implementación de la legislación. Todos los casos de competencia se hacen con base en la ley vigente al momento de la investigación, pero en el caso de los beneficios para el privado, sí hay retroactividad. Hoy la Cofeco tiene que determinar qué parte de cuál de las leyes se debe aplicar.

IV. ALGUNOS CASOS RELEVANTES

No es éste el espacio para poder evaluar el trabajo de la Cofeco en sus veinte años de vida. Pero sí se pueden describir algunas de las resoluciones que sirven para mostrar la importancia de una institución como ésta para el consumidor.

La Cofeco ha ayudado a evidenciar prácticas monopólicas que el consumidor ni se imagina que existen. Por ejemplo, en febrero de 2010 se hizo pública la sanción contra seis laboratorios farmacéuticos, empresas que se habían coludido por siete años para alternarse en las licitaciones de IMSS y poder imponer precios. La sanción fue la multa máxima prevista en la ley previa a las reformas de 2006, 21.5 millones de pesos a cada una de estas empresas. Para demostrar esta colusión fue necesario estudiar los patrones de comportamiento de las empresas en las licitaciones, lo cual permitió mostrar la colusión. En palabras de la resolución: “las empresas farmacéuticas alternaban las posturas —tanto ganadoras como perdedoras— en cada licitación, repartiéndose casi la totalidad de las mismas”. “Las posturas ganadoras y perdedoras eran siempre las mismas. Lo único que cambiaba era el nombre de la empresa que ganaba, la cual, una vez habiendo ganado, volvía a presentar posturas con las que sabía que perdería hasta que le tocara su turno nuevamente”.¹³ Los afectados interpusieron doce amparos. Tres ya se resolvieron de forma definitiva, favorables a la Cofeco. Quedan ocho amparos pendientes de resolver.

Incluso con los monopolios propiedad del gobierno es posible limitar las prácticas no discriminatorias. Un caso de este tipo es la decisión de Pemex de atar la venta de combustibles, que solo Pemex puede producir y vender, a la de lubricantes, que en principio se trata de un mercado abierto a cualquiera, pero que Pemex obligaba hacerlo a través de la empresa Mexlub, donde Pemex tenía una participación. Por esta práctica, Pemex fue sancionado por la Cofeco con una multa de casi nueve millones de pesos. A pesar de que la multa no tiene mayor peso para una empresa de ese tamaño, es una señal importante.¹⁴ Después de años de innumerables am-

¹³ Véase documento completo en http://www.Cofeco.gob.mx/docs/pdf/resolucion_fin_al_medicamentos.pdf.

¹⁴ Véase resolución en <http://www.Cofeco.gob.mx/Cofecoresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V69/6/1740532.pdf>.

paros tanto de Pemex como de Mexclub, en 2012 como parte también de la solución de un conflicto de Pemex con Mexclub, se eliminó la exclusividad que había sido el motivo de la sanción.

Otro caso interesante de cómo usar los instrumentos que tiene la Cofeco para impulsar la competencia es la resolución respecto a la compra por parte de Televisa del 50% de Iusacell, propiedad del Grupo Salinas, dueño a su vez de TV Azteca. El 7 de febrero de 2012 la Cofeco, si bien reconoce que la alianza puede ser favorable a la competencia en el mercado de la telefonía móvil, determinó por mayoría que la concentración puede dañar la competencia en la televisión abierta y restringida. La Cofeco determina que en televisión abierta, una alianza entre los dueños de las televisoras genera riesgos graves para la competencia ya que crea nuevos incentivos para la coordinación entre dos empresas que tienen el 95% de las concesiones de televisión abierta y el 100% de las cadenas nacionales en la venta de publicidad. El 57% del gasto total en publicidad en México se va a la televisión abierta. Esto en un mercado con altísimas barreras a la entrada.

La Cofeco requirió a ambas empresas a que presentaran compromisos para enfrentar los posibles problemas de competencia. Se le comunicó a las empresas que de resolverlos en el recurso de reconsideración se les permitiría la alianza.

En la reconsideración planteada por Grupo Televisa y Grupo Salinas las empresas presentaron propuestas para enfrentar los problemas detectados por la Cofeco. El más importante es que:

Si al término de 24 meses no se ha realizado exitosamente la licitación de una tercera cadena de televisión abierta, se detonará automáticamente un mecanismo de disolución de la sociedad entre Grupo Televisa y Grupo Salinas en Iusacell, que conducirá a que uno de ellos venda su participación al otro, eliminando por completo el vínculo corporativo entre ambos grupos.

En caso de que las partes no cumplieran con la disolución de la sociedad, la Cofeco tiene las facultades para hacer que se cumpla. La lógica es que tal castigo desincentivará a que traten de bloquearla, aunque no es claro qué sucedería si esta licitación no se diera por causas ajenas a las empresas. Esto le plantearía un reto jurídico a la Cofeco. Dada la reforma en telecomunicaciones que se discute más abajo, sin embargo, esto es improbable. La reforma establece en un artículo transitorio un plazo no mayor de 180 días naturales para licitar por lo menos dos nuevas cadenas de televisión con cobertura nacional. Veremos si lo logran.

Las empresas también se comprometieron a no discriminar en venta de publicidad contra cualquier empresa de telecomunicaciones y a no atar los servicios de Iusacell a la venta de publicidad. El consejo de administración de Iusacell no podrá incluir a empleados de otras empresas de estos grupos que estén involucrados directamente con el negocio de televisión. También se comprometen a vender de forma separada los contenidos de televisión abierta y restringida. La empresa de televisión por cable e Internet de Grupo Salinas, Total Play, no fue autorizada para ser parte de la venta, como se quería inicialmente. La resolución es contundente:

El incumplimiento de las condiciones detonaría el mecanismo de disolución de la sociedad, dejando a uno de los accionistas como dueño único de Iusacell. Además, acarrearía una multa máxima de hasta 10 por ciento de los ingresos anuales de las empresas involucradas, conforme a las fracciones VIII y XI del artículo 35 de la Ley de Competencia.¹⁵

Otro ejemplo, también del sector telecomunicaciones es la resolución de la Cofeco en relación con la licitación 21 de espectro radioeléctrico. Se buscaron establecer condiciones que limitaran a los jugadores dominantes y que llevara una asignación de espectro más eficiente y una estructura de mercado menos concentrada. Para la Cofeco el objetivo de una licitación de espectro no es recaudar lo más posible, sino que el consumidor tenga una mejor oferta de servicios. Las empresas dominantes pueden ser las más dispuestas a pagar mucho para encarecer la entrada de nuevos jugadores o para quedarse con el espectro. Pero una vez habiendo limitado qué parte del espectro no pueden comprar qué empresas, la Cofeco determinó usar precios de mercado, es decir una licitación, y no decisiones administrativas, para asignar el espectro.

Dentro de las muchas complejidades que plantea la ley, fue particularmente complicado regular a los agentes con poder sustancial de mercado. Esto requiere medidas extraordinarias, como establecer la regulación asimétrica, que permitiría imponer reglas distintas en materia de precios y acceso a la red a quien se determina que tiene poder sustancial de mercado.

El primer intento para establecer esta regulación fue hasta 1997, cuando la Cofeco emite una declaración de empresa dominante a Telmex. Esta empresa, sin embargo, logró contener las implicaciones de

¹⁵ Véase <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco%2012-2012.pdf>.

esta declaración a través de un juicio de amparo, el cual fue ganado por Telmex en mayo de 2001. Durante todo ese tiempo la declaración de empresa dominante había estado suspendida por efecto del propio amparo. Tras el revés judicial, la Cofeco emite una nueva resolución y Telmex nuevamente se ampara y gana finalmente en enero de 2007.

Inmediatamente la Cofeco emite una nueva declaratoria. Gracias a las reformas de 2006 y una mayor experiencia y capacidades litigiosas de la autoridad, parecía menos complicado ganar. Con todo, dado que el procedimiento pasa también por la Cofetel, lo cual genera una descoordinación entre ambas entidades, y a que la fracción VII del artículo 10 de la LFCE fue declarada inconstitucional, no fue posible profundizar ni sancionar diversas prácticas monopólicas relativas.

Con la reforma de 2010 la Cofeco aumentó sus facultades legales para investigar y sancionar prácticas monopólicas a la par de dar más flexibilidad para que los agentes económicos puedan cumplir la ley en caso de que no lo estuvieran haciendo. No todo es sanción. Para el consumidor lo que importa es que disminuyan las prácticas anticompetitivas de los agentes económicos.

Gracias a esas reformas legales, al darle más “dientes” a la Cofeco para imponer la ley de forma más agresiva, le permitió emitir una multa no vista anteriormente por su magnitud, de 11 989 millones de pesos en abril de ese año, del 10% del valor de los activos de la empresa, a América Móvil. El argumento de la Comisión era que los altos márgenes en las tarifas de interconexión celular cobradas a otras compañías impiden a éstas competir. Sin embargo, la empresa logró recusar al presidente de la Comisión y ganar la votación en la reconsideración del caso. Con todo, sirvió para que la Cofeco pudiera negociar y mostró que ahora sí tiene elementos y herramientas para sancionar.

Telcel interpuso un recurso de reconsideración a lo que la Comisión resolvió imponiendo a la empresa cinco compromisos para reducir las altas tasas de interconexión que según la Cofeco resultan adecuados para resolver eficaz y permanentemente el problema de competencia identificado en la resolución original. Telcel se comprometió a cumplir con los compromisos y en caso contrario se someterá a una nueva multa por un monto de hasta 8% de sus ingresos anuales. Es discutible si perdonar multas va a ganar la disuasión adecuada para otras empresas, pero parecería va a llevar a beneficios para el consumidor en este caso concreto.¹⁶

¹⁶ Véase Comisión Federal de Competencia, comunicados de prensa, Cofeco-04-2011 del 25 de abril de 2011, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/Cofecoresoluciones/>

Como sociedad, sin embargo, no acabamos de internalizar lo que significa la competencia tan claramente definida en el artículo 28 constitucional. Para promover supuestamente la industria del libro, y con gran apoyo de la comunidad intelectual, se promulgó en 2008 la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro (LFL), misma que permite fijar un precio único de venta al menudeo para cada publicación fijado por editores o importadores. La ley estipula que lo podrán hacer de forma libre, pero deberán registrarlo ante la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana. No podrá haber descuentos en los libros con menos de tres años de fecha de edición. Solo quedan exentas de esta restricción las compras gubernamentales para bibliotecas públicas e instituciones educativas o de investigación.

La Cofeco argumentó que tal ley era inconstitucional. Según ella, un precio único tendría un efecto equivalente a una práctica monopólica absoluta consistente en la fijación de precios lo cual eliminaría la competencia en precios en la venta de libros al menudeo y permitiría a los editores e importadores garantizar sus márgenes de ganancia y establecer precios altos en perjuicio de otros participantes de la cadena productiva y de los consumidores finales. La fijación de un precio único y obligatorio causaría graves daños al funcionamiento eficiente del mercado del libro: incrementaría los precios; distorsionaría los incentivos para que los oferentes proporcionen servicios diferenciados a los usuarios, y reduciría y eliminaría opciones a los consumidores obligándolos a adquirir paquetes de servicios que no son de su preferencia. De acuerdo con el principio constitucional de libre competencia, el artículo 7o. de la LFL establece que para que proceda la fijación de precios máximos debe existir un mercado en el que no se presente competencia efectiva por lo que tomando en cuenta que, como se indicó, actualmente en el mercado del libro sí existe competencia efectiva, no se configuran los supuestos para la determinación de precios máximos a que se refiere el artículo 28 constitucional y, por ende, menos aún se justificaría el establecimiento del precio único de venta.

En respuesta, la Suprema Corte determinó que la ley sí es constitucional. Argumentó que no se afecta la libre competencia en el mercado de

Docs/UPVAI/V1/2/1478298.pdf; COFECO-06-2012 del 25 de abril de 2012, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco06-2012.pdf>; Cofeco-08-2012 del 30 de abril de 2012, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco%2008-2012.pdf> y Cofeco-10-2012 del 3 de mayo de 2012, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco%2010-2012.pdf>.

libros, toda vez que no es la autoridad la que está fijando el precio único, sino el editor, el cual sabe a qué precio quiere concurrir en el mercado. Esto permitiría a cualquier asociación fijar un precio, pero la Corte se cuida diciendo que la restricción tiene un objetivo: lograr un acceso a la cultura, a través del libro. La Corte argumenta que el problema no puede verse desde el punto estrictamente económico, ya que la libre concurrencia está sometida a una serie de matices que la propia Constitución establece. El constituyente dejó al legislador un margen de configuración legislativa en materia de acceso a la cultura, por tanto, el juez constitucional lo que tiene que valorar es si se cumplen o no con los preceptos básicos que marca la Constitución. En una segunda sentencia el agraviado argumentó que la Corte no había valorado los dictámenes en materia de economía que demostraban que los artículos 22, 24, 25 y 26 de la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro eran inconstitucionales al violentar la libre concurrencia y competencia económica prevista en el artículo 28. La Corte argumentó que esos temas habían quedado superados en el amparo que se comentó anteriormente, al resolverse que dichos preceptos no infringían los derechos de libre concurrencia y competencia previstos en la Constitución. Además, sostuvo que la falta de valoración por el juez federal de los dictámenes periciales en materia de economía no había trascendido en perjuicio de la inconforme, en la medida en que la constitucionalidad de una norma no dependía del resultado de una prueba, sino de su no oposición a la Constitución.

V. LA REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2013

El papel de la Cofeco y en particular de su presidente como vocal a favor de la competencia tomó tiempo en lograr su impacto, pero ganó el debate. A pesar de innumerables sentencias, como la de la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro, contrarias al espíritu de la libre competencia, el acuerdo social respecto al abuso del amparo contra decisiones de los órganos reguladores y la percepción, sobre todo en materia de telecomunicaciones y televisión, de que se necesitaba un cambio de fondo llevó a una reforma constitucional con gran apoyo de la sociedad, según las encuestas de opinión pública.

Las reformas constitucionales al artículo 28 aprobadas por el Congreso en mayo de 2013 son una muestra de que ese debate se ganó, en parte gracias al papel activo en defender la competencia por parte de la

Cofeco, aunque el resultado de la nueva legislación es paradójicamente la creación de una nueva institución en la materia, ahora con autonomía constitucional, y el despido de los actuales comisionados de la Cofeco, incluido su presidente. La nueva legislación le quita a la Cofeco una de las áreas más importantes y donde más energía y atención le había puesto desde su creación: el sector de telecomunicaciones, cuya parte relativa a competencia y prácticas monopólicas pasará a ser parte del nuevo instituto en la materia, el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, también autónomo constitucionalmente.

Es muy pronto para saber cómo va a operar la nueva legislación y las nuevas instituciones. Sin embargo, es muy importante haber fortalecido a los órganos regulatorios y haber abierto a la inversión extranjera directa la telefonía fija. Sin embargo, la nueva ley parece tener algunos problemas importantes.¹⁷

Se optó por una ruta muy larga. Si bien la reforma pone todo tipo de límites temporales en los artículos transitorios con el fin de acelerar su implementación, no hay sanción si se incumplen, y se trata de responsabilidades técnicamente complejas. Hay dos riesgos. Que se haga con prisa y mal, o que se tarden mucho más tiempo del esperado. Mientras dure la incertidumbre, habrá menos inversión, indispensable para detonar un mejor servicio y menores precios.

Hay muchos puntos mejorables. No es una buena idea determinar a una empresa como preponderante por su tamaño en el mercado, el 50% según un transitorio referente al sector de las telecomunicaciones. La práctica usual es que en una empresa que ya está operando (tema distinto es en el caso de fusiones), lo que la autoridad busca es que ésta no siga prácticas monopólicas. Esto es complicado de probar, por lo que se requieren órganos técnicos muy especializados y eficaces.

Si se establece el tamaño como criterio, se castiga al que crece, quizá porque hace bien su trabajo. Hoy para América Móvil y Telmex el incentivo será invertir poco. Ya tienen más del 50% del mercado (en cualquier medición) y pueden ser obligados a permitir el uso de su red a precios muy bajos o incluso a desincorporar parte de sus activos. Para las empresas más pequeñas tampoco hay mucho atractivo para invertir, tienen la expectativa de que les permitan usar la red del participante más grande o comprar sus activos a precios de ganga.

¹⁷ Los siguientes párrafos provienen de mi texto “México: Constitución y Telecom” aparecido en el número de mayo de 2013 de la revista *Letras Libres*.

La reforma incluye cambios en la regulación de competencia en todos los sectores. De fijarse en el tamaño como criterio de prácticas monopólicas, como lo señala el transitorio de la reforma constitucional para el sector de telecomunicaciones, puede desincentivar la inversión y generar mucha incertidumbre.

La reforma crea un organismo en telecomunicaciones muy poderoso, con la responsabilidad de administrar el sector, de regular, asignar frecuencias y determinar si se viola el principio de competencia, esto último lo hacen las comisiones de competencia en la mayoría de los países de la OCDE, dado que es un tema muy especializado y conviene tener una agencia que lo haga para la economía en su conjunto. Será además constitucionalmente autónomo. No habíamos creado instituciones autónomas para regular a los privados.

Esto tiene retos de coordinación de políticas públicas, amén de que en el ánimo de evitar la gran cantidad de litigios en el sector que ha frenado todo intento de regulación, algo que es un cambio positivo, se dejaron pocos mecanismos de defensa contra las decisiones de los nuevos poderosos comisionados. ¿Frente a quién responden éstos dado que no podrán ser fácilmente removidos? Un funcionario que se equivoca puede ser destituido. En ese caso su jefe, el presidente de la República, fue electo por todos los mexicanos y es el responsable último de la operación de la administración. En el caso de un comisionado que no funciona, ¿frente a quién es responsable?

En una lógica estatista se le da al Estado (aun no está claro bajo qué figura jurídica, esto deberá ser aclarado en la ley secundaria) la responsabilidad de desarrollar la red troncal que era de la Comisión Federal de Electricidad y se le asigna la banda de los 700 mhz que se liberará con el apagón analógico. ¿Van los privados a invertir en un sector donde tendrán un competidor subsidiado dado que se le regalará el espectro? ¿Si además pierde dinero, la tendremos que subsidiar por el resto de nuestros días? El regreso al Estado empresario va en contra de los principios básicos de la competencia económica.

Las reformas ya no permiten la suspensión en caso de amparo en el sector de telecomunicaciones y en general en materia de competencia. Cabe señalar que se establecieron algunas restricciones a este principio: "... en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, las resoluciones se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva".

Esto parecería resolver el problema señalado en este texto de que mientras se decide respecto al fondo de un juicio de amparo el Estado no puede regular. Sin embargo, es una solución riesgosa. Puede ser usada de forma arbitraria y en el camino llevar a la quiebra a la empresa regulada al no poderse ésta proteger mediante la suspensión, aunque luego se muestre que no estaba justificada la medida de la autoridad. Haber creado tribunales especializados con tiempos bien definidos para tomar decisiones quizás hubiera sido mejor.

Además, parece eliminar la protección de la justicia que señala la Constitución, en particular el nuevo artículo primero, sobre todo en lo referente al principio de buscar siempre la protección de los derechos humanos más amplia posible. Está por verse si es aceptada como constitucional por la Suprema Corte cuando se presente un litigio en torno a este tema. Como nos pasa muchas veces, aunque el cambio va en el sentido adecuado, puede haberse erosionado de tal forma la protección de los afectados que o bien pudiera disminuir la inversión por los riesgos nuevos de una mala regulación gubernamental en muchos sectores o podrá llevar a un debate ante la Corte si no vulnera este nuevo texto los principios del artículo 1o. constitucional. Falta ver cómo interpreta la Suprema Corte el nuevo ordenamiento.

En 1992 se creía haber promulgado una ley ejemplar y su implementación fue mucho más compleja de lo esperado. La nueva reforma no tiene la coherencia técnica de la de 1992, dada la lógica política del Pacto por México que incluyó visiones muy distintas en la redacción de la reforma, pero sí incluye una parte de la experiencia de lo que no funcionó bien. Al haber optado por una reforma constitucional de gran envergadura tomará tiempo aterrizarla y será motivo de toda una nueva serie de litigios para poder precisar sus alcances, incluida la constitucionalidad de cualquiera de los nuevos artículos. Si la experiencia de estos últimos 20 años nos ayuda para algo, esto será un proceso largo y complicado.