

Panorama de las propuestas de reformas a la Ley Federal de Competencia Económica y leyes conexas

Lucía OJEDA CÁRDENAS*

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas reformas a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) entraron en vigor en junio de 2006¹ y, posteriormente, en octubre de 2007 entraron en vigor diversas modificaciones al Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE).²

Para algunos, las reformas a la LFCE de 2006 dieron paso a una nueva etapa en la protección y promoción de la competencia y libre concurrencia en nuestro país.³

Sin embargo, a pesar de los avances reflejados en esas reformas, algunos temas quedaron en el tintero y, de igual forma, la práctica ha evidenciado temas en los que la política de competencia puede y debe mejorarse. Asimismo, la crisis mundial y el estancamiento de la economía mexicana en los últimos años han invitado a los diferentes

* Graduada con honores del ITAM, donde ha sido Coordinadora del Diplomado sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior. Socia de SAI Consultores S.C. desde octubre de 2002. Asesora por más de 10 años en diversos sectores en temas regulatorios y de competencia económica. Ha desempeñado un papel activo en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados A.C. (ANADE).

Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente los de SAI Consultores SC o cualquiera de sus socios o asociados.

¹ Véase *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 2006.

² Véase *Diario Oficial de la Federación* del 12 de octubre de 2007.

³ Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos (coords.), *Competencia económica: estudios de derecho, economía y política*, México, Porrúa, 2007, p. IX.

actores a cuestionarse respecto de la importancia de mantener una política de competencia efectiva.

En efecto, de acuerdo al más reciente Estudio Económico de México (2009), llevado a cabo por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), las reformas estructurales en áreas clave son necesarias en México para impulsar el crecimiento a largo plazo que ha sido más débil que en muchas otras economías emergentes.⁴ En particular, la OCDE considera que, además de la educación y la salud, se requieren más medidas para mejorar la competencia del mercado de productos —en especial en industrias de redes—, promover el Estado de derecho y construir la tan necesitada infraestructura de transporte. Aun cuando la OCDE reconoce que reformas positivas han sido introducidas en años anteriores destinadas a promover la competencia, también indica que se necesitan reformas más profundas. Este diagnóstico también es compartido por otros análisis realizados por instituciones como el Banco Mundial.⁵

Más allá de tal diagnóstico, un hecho imperativo que no puede pasar desapercibido es que el posicionamiento de México relativo a la evaluación de la competitividad y de la economía ha disminuido constantemente en los últimos años.

Figura 1
Posición (de 1 a 133)

<i>País</i>	<i>Ranqueo</i>		<i>Cambio en posición</i>
	<i>2007 - 2008</i>	<i>2010 - 2011</i>	
México	52	66	14
Brasil	72	58	14
Costa Rica	63	56	7
Chile	26	30	4

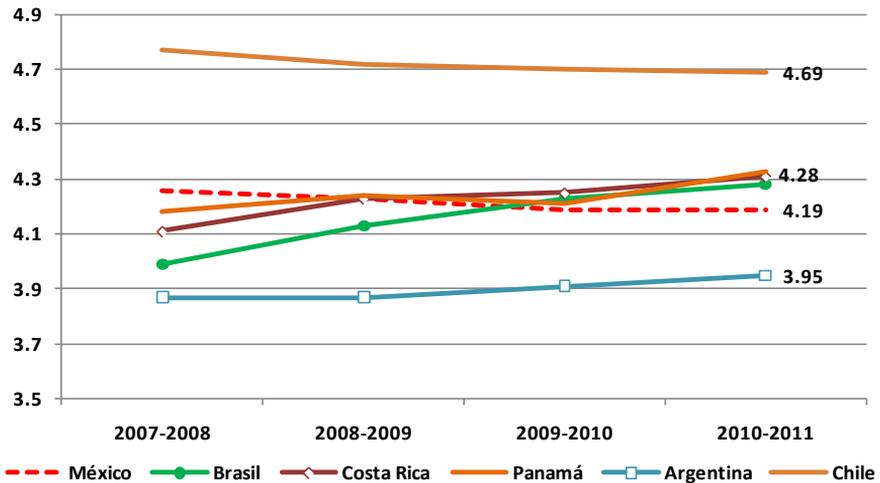
⁴ OECD, *Economic Survey of Mexico 2009: Pedal to the Metal: Structural Reforms to Boost Long-Term Growth and Spur Recovery from the Crisis*, julio de 2009.

⁵ World Bank, *Mexico 2006-2011: creating the foundations for equitable growth*, junio de 2007.

País	Ranqueo		Cambio en posición
	2007 - 2008	2010 - 2011	
Panamá	59	53	6
Argentina	85	87	2

Fuente: Foro Económico Mundial, *Los Informes de Competitividad Global 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011*

Figura 2
Índice de competencia global
(de 1 a 7)



Fuente: Foro Económico Mundial, *Los Informes de Competitividad Global 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011*.

Teniendo en cuenta esta situación y en el contexto de la crisis internacional, el Congreso mexicano convocó una consulta pública sobre el tema “México ante la crisis: ¿Qué hacer para crecer?”.⁶ Como era de esperarse, una de las principales conclusiones fue la necesidad inmediata o en el corto plazo de aprobar reformas legales en una serie de legislaciones que tienen un impacto en el desempeño económico de México, incluyen-

⁶ Declaración de Clausura Conclusiones disponibles en: <http://www.senado.gob.mx/content/sp/compare/comunica/conclusiones.pdf>.

do la modificación del marco jurídico en materia de competencia. De acuerdo con el debate llevado a cabo, se requiere que las reformas, entre otras cosas:

... provean a la Comisión Federal de Competencia con los poderes más amplios de modo que pueda imponer multas que sean comparables a las aplicadas a nivel internacional, establecer la responsabilidad penal por la comisión de prácticas monopólicas absolutas que afectan a todos los sectores y todas las regiones, y que se consagren medios legales efectivos para que los consumidores puedan reclamar daños y perjuicios...

Este hecho fue útil para poner de relieve el consenso nacional sobre la necesidad de fortalecer la política de competencia en México y su aplicación. Sin embargo, en el contexto del debate, surgieron una serie de cuestionamientos en relación con el marco institucional de la Comisión Federal de Competencia (CFC) y su práctica administrativa.

El proceso legislativo encausado por las diversas iniciativas que se presentaron ante el Congreso en gran medida refleja estos cuestionamientos y el debate sobre éstos. En efecto, es en este contexto que, a pesar de haberse modificado la LFCE en 2006 diversas iniciativas al marco legal vigente en materia de competencia han sido presentadas en el Congreso y, de hecho, su análisis y aprobación ha seguido un proceso legislativo muy interesante cuyo resultado, a la fecha, aún no es claro.⁷

Debido a que esta ponencia se presentó en el contexto del Seminario Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el pasado 1 y 2 de septiembre bajo la coordinación del doctor Jorge Witker, este trabajo pretende presentar un panorama de las reformas que están en la

⁷ En efecto, en abril pasado, la Cámara de Diputados dictaminó diversas iniciativas relacionadas con propuestas de reformas a la Ley Federal de Competencia Económica y leyes conexas y envió a la Cámara de Senadores para su consideración y aprobación. Por su parte, la Cámara de Senadores analizó el Dictamen enviado por la Cámara de Diputados junto con otras iniciativas de reformas presentadas en el seno del propio Senado. Como resultado del análisis, la Cámara de Senadores en diciembre de 2010 envió una minuta modificada de reformas que fueron aprobadas en lo general, dejando una serie de disposiciones fuera de la minuta aprobada.

actualidad en discusión introduciendo los diferentes temas que serán tratados con mayor detalle por los demás ponentes.

Para ello, se ha considerado útil plantearse las siguientes preguntas que buscaremos responder a lo largo del documento: ¿cuáles son las iniciativas y leyes que están siendo revisadas en el Congreso? ¿Cuáles son los aspectos fundamentales de las iniciativas de reforma? ¿En qué coinciden las iniciativas y cuáles son las principales divergencias? ¿Existen otras modificaciones que estén contempladas para complementar el marco legal aplicable a la competencia? ¿Con estas reformas tendremos el marco de competencia óptimo para nuestro país?

II. INICIATIVAS ACTUALMENTE EN REVISIÓN POR EL CONGRESO

Desde 2007 y hasta mediados de 2010, diversas iniciativas para modificar el marco jurídico en materia de competencia se presentaron ante el Congreso. A pesar de haber otras, las siguientes iniciativas fueron las que sentaron las bases de las discusiones que recientemente tuvieron lugar en el Congreso y que tuvieron como resultado la Minuta aprobada por el Senado que fue enviada a la Cámara de Diputados el pasado diciembre de 2010:

- a) El 2 de julio de 2008, el senador Juan Bueno propuso un proyecto de ley para modificar el artículo 253 del Código Penal Federal (CPF) para sancionar prácticas monopólicas absolutas —carteles— como delitos penales.⁸ De acuerdo con este proyecto de ley, para procesar penalmente a un individuo o una empresa por la comisión de una práctica monopólica absoluta, la CFC debe previamente declarar la existencia de una práctica monopólica absoluta. Esta iniciativa fue aprobada con algunas modificaciones por una comisión del Senado.⁹

⁸ <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=9327&lg=60>.

⁹ Esta propuesta fue aprobada con una modificación menor” cuyo efecto fue hacer inaplicable el nuevo tipo penal. En efecto, la modificación consistió en establecer como requisito para que se actualice el tipo legal que el agente económico en cuestión tenga poder sustancial en el mercado relevante cuando en el caso de prácticas monopólicas absolutas no es requisito que el que cometa la práctica tenga poder sustancial para considerarlo responsable

- b) El 21 de abril de 2009, el senador Santiago Creel Miranda presentó un proyecto de ley para modificar diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) a fin de reforzar las facultades de la CFC, crear nuevas herramientas para ayudar a la persecución efectiva de las prácticas monopólicas, y aumentar las sanciones que pueden imponerse a los agentes económicos que sean declarados responsables de la comisión de un acto ilegal.¹⁰ Creel hizo suya la iniciativa propuesta por Juan Bueno, referida anteriormente, como un complemento a su propia iniciativa.
- c) En principios de abril de 2010, el presidente Calderón envió al Congreso un proyecto de ley por virtud del cual se propone la modificación de varias leyes relacionadas con la aplicación de la política de competencia, incluyendo la LFCE y el CPF, destinados a dotar a la CFC de mayores facultades y herramientas para hacer cumplir de manera más eficaz la regulación en la materia, así como a garantizar la competencia en México. Esta iniciativa fue aprobada el 28 de abril de 2010 con pequeñas modificaciones por la Cámara de Diputados y devuelta por los senadores con modificaciones (minuta de los diputados).¹¹
- d) El 29 de abril de 2010, el senador Manlio Fabio Beltrones Rivera y Raúl Mejía propusieron un proyecto de ley para modificar diversas leyes relacionadas con la aplicación de la política de competencia, incluyendo la LFCE y el CPF, con el fin de “reforzar las competencias de la Comisión Federal de Competencia y proporcionar seguridad jurídica a todas las partes interesadas con el objetivo de que las decisiones se adoptan de acuerdo con la ley y no en función de motivos políticos” (iniciativa Beltrones/Mejía).¹²
- e) En la misma fecha, 29 de abril de 2010, el senador René Arce presentó un proyecto de ley para modificar, entre otras cosas, la

conforme a la Ley Federal de Competencia Económica. Es por ello, que ese análisis no lo efectúa la Comisión y tampoco lo requiere la ley.

¹⁰ <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=13226&lg=60>.

¹¹ La minuta aprobada por la Cámara de Diputados consideró el dictamen de 11 iniciativas presentadas en esa cámara (véase <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Noticias/dictamenlfcediputados.pdf>).

¹² <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=3247>.

LFCE a efectos de “construir un marco de seguridad y certeza jurídica para todos los agentes económicos” y para introducir a dicha legislación el objetivo de “contribuir a la economía social de las asociaciones de trabajadores y de las sociedades cooperativas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo III del artículo 28 de la Constitución Federal” (iniciativa de Arce).¹³

Figura 3
Artículos y leyes incluidos en cada iniciativa

Iniciativa Cámara de Diputados	Iniciativa Senador Arce	Iniciativa Senadores Beltrones / Mejía	Iniciativa Senador Creel
Artículos de la LFCE que se Reforman			
11, 13, 21bis, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 33bis2, 33bis3, 35 y 39.	2, 6, 7, 11, 13, 14, 21bis, 24, 26, 28, 29, 31, 34 y 35.	11, 12, 13, 21bis, 23, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 33bis2, 33bis3, 35, 37 y 39.	11, 12, 21bis, 24, 28, 30, 31, 33bis2, 34, 35 y 37.
Artículos que se Adicionan a la LFCE			
13bis, 21bis1, 34bis4, 35bis y 38bis.	34bis4 y 35bis.	35bis y 38bis.	21bis1, 32bis y 34bis4.
Otras Leyes que se reforman			
Código Penal Federal			
Código Fiscal de la Federación			Código Penal Federal
Ley Federal de Procedimiento Administrativo		Código Penal Federal	(Iniciativa Senador Juan Torio Bueno)
Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa			

Fuente: véase notas de pie de página números 9, 11, 12, 13 y 14.

¹³ <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=3239>.

- Si bien la existencia de diferentes iniciativas en materia de competencia económica, varias de ellas coincidentes en aspectos fundamentales, puede significar que nuestros legisladores se preocupan por mejorar el marco legal de dicha materia, la realidad es que los matices de las diversas iniciativas han dificultado la aprobación y consideración de la minuta de los diputados y de hecho, ha dado lugar a una minuta aprobada por el Senado que ha dejado de lado aspectos fundamentales. Esto es de particular importancia ya que esta nueva minuta, al contener modificaciones y omitir temas relevantes, debe de ser examinada otra vez por la Cámara de Diputados quien puede insistir en el proyecto original o modificarlo, teniendo que regresar a la Cámara de Senadores.

Principales aspectos considerados en la minuta de los diputados:

- Para fines analíticos y teniendo en cuenta que la minuta de los diputados es la que incluye todos los temas que actualmente se encuentran en consideración, iniciaré identificando los principales aspectos de las reformas tomando esta minuta como una base. Sin embargo, en su caso, me referiré a las otras iniciativas para poner de relieve las semejanzas y diferencias importantes.
- Sin lugar a dudas, el principal objetivo de la iniciativa es fortalecer la política de competencia y aplicación de la ley, introduciendo, asimismo, diferentes aspectos para promover la transparencia y seguridad jurídica para todos los jugadores. La iniciativa original enviada al Congreso por el presidente Calderón se centró principalmente en tres pilares:
 - Facilitar el cumplimiento de las leyes de competencia.
 - La mejora de la eficacia, la eficiencia y la transparencia en las operaciones de la CFC.
 - El fortalecimiento de la política de competencia a través de herramientas eficaces para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas.
- Sin embargo, de acuerdo con la exposición de motivos de la minuta de los diputados, hay tres grandes categorías que agrupan la mayor parte de los cambios del régimen jurídico: (i) fortale-

cimiento institucional; (ii) la transparencia, y (iii) la rendición de cuentas. Curiosamente, la exposición de motivos no incluye sanciones y medidas de protección en los puntos anteriores, pero sí se consideran para efectos de reformas.

Para efectos de presentación, en los apartados siguientes, voy a dividir las reformas en las siguientes áreas: 1) el marco institucional; 2) herramientas para la aplicación efectiva de la política de competencia; 3) las cuestiones de fondo; 4) la transparencia; 5) la simplificación de los procedimientos de concentración, 6) concurrencias y divergencias, y por último algunas iniciativas relativas con la acciones colectivas.

1. *Marco institucional: la estructura de la CFC y mecanismos de impugnación*

A. Estructura de la CFC

Bajo el argumento de lograr un mayor equilibrio institucional en el proceso de toma de decisiones, la minuta de los diputados propone lo siguiente:

- *Plazo del puesto de presidente.* Actualmente, la duración del cargo de presidente de la Comisión es de seis años. La minuta de los diputados establece que el presidente de la Comisión será nombrado por el Ejecutivo por un periodo de cuatro años, con la posibilidad de una prórroga adicional de cuatro años a discreción del mismo. La duración de cada comisionado sigue siendo diez años.
- *Secretario ejecutivo.* Actualmente, el secretario ejecutivo, quien está a cargo de la coordinación de funciones operativas y administrativas de la CFC, es nombrado por el presidente de la Comisión a su discreción. La iniciativa propone que el secretario ejecutivo sea elegido, tomando como base la propuesta del presidente de la Comisión, pero requiere la aprobación de al menos cuatro comisionados. La propuesta también incorpora criterios que el secretario ejecutivo deberá cumplir con el fin de ser nombrado para el puesto.

- *Votación en el pleno.* La LFCE establece que todas las decisiones de la Comisión deberán ser tomadas por mayoría y que sólo en caso de empate el presidente de la Comisión tendrá voto de calidad. Teniendo en cuenta esta disposición y con el fin de limitar los casos en que el presidente ejerza su voto de calidad, la minuta propone que todos los comisionados deberá votar en todos los asuntos decididos por el pleno, incluso en caso de ausencia, caso en el que estarían obligados a que presenten su voto por escrito dentro de los cinco días siguientes. Sólo en caso de empate en la votación causada por un impedimento calificado de uno de los comisionados, el presidente tendrá voto de calidad.
- *Comisionado ponente.* En la actualidad, un comisionado es designado para presentar el caso ante el pleno, la minuta refleja en la ley esta práctica administrativa.
- A pesar de la utilidad de algunas de estas propuestas, no todas ellas parecen ser necesarias. Tal vez las más positivas y necesarias son las relacionadas con los métodos que se utilizarán para el nombramiento del secretario ejecutivo. Por ejemplo: las propuestas destinadas a reforzar las funciones del secretario ejecutivo y legitimar sus tareas son más que bienvenidas, sobre todo teniendo en cuenta que el mencionado funcionario es responsable de la conducción de todos los procedimientos ante la CFC.

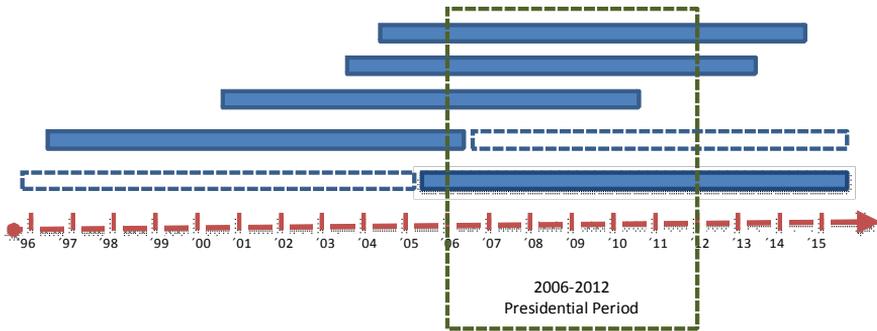
Figura 4
CFC: organigrama



Fuente: http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=83&emid=622&lang=es.

Sin embargo, en mi opinión, la modificación propuesta relativa a la duración del encargo del presidente de la Comisión representa un retroceso. En efecto, bajo la concepción original de la LFCE, la autonomía del pleno estaba garantizada por la designación de cinco comisionados elegidos por diez años escalonados y removibles sólo por una causa grave (incluido el presidente). Esta situación garantiza que el término del puesto de cada comisionado tuviera una duración más larga que la del titular del Ejecutivo que lo hubiera nombrado. Esta fórmula fue diseñada para otorgar a los comisionados y al presidente de la Comisión la independencia para llevar a cabo sus actividades y tomar decisiones basadas en criterios puramente técnicos y no con base en la agenda política del Ejecutivo Federal.

Figura 5
Nombramiento de los comisionados



Fuente: Pérez Motta, Eduardo, *Hacia una cultura de competencia*, septiembre de 2005.

En 2006, el plazo de funciones del presidente de la Comisión se disminuyó a seis años, modificación que no alteraba fundamentalmente la fórmula original. Ahora, con la actual propuesta, el plazo se modificaría a cuatro años, renovable a discreción del Ejecutivo Federal, lo que significa que en el periodo del presidente de la Comisión podría extenderse a un máximo de ocho años aunque para ello, éste debe de contar con el beneplácito del titular del Ejecutivo en turno, poniendo así en tela de juicio la independencia del comisionado presidente.

Contrastando la propuesta de la minuta de los diputados con otras presentadas, la iniciativa Beltrones/Mejía incluye la propuesta de modificar la naturaleza jurídica de la CFC para convertirlo en un “organismo descentralizado”. En su opinión, con este cambio, sería posible garantizar la autonomía de la CFC considerando la fórmula de los comisionados nombrados por el Ejecutivo y ratificados por el Senado.¹⁴

Independientemente de las posibles ventajas teóricas de la propuesta referida,¹⁵ lo cierto es que diversos interlocutores han concebido

¹⁴ Véase página 10 de la Iniciativa Beltrones/Mejía

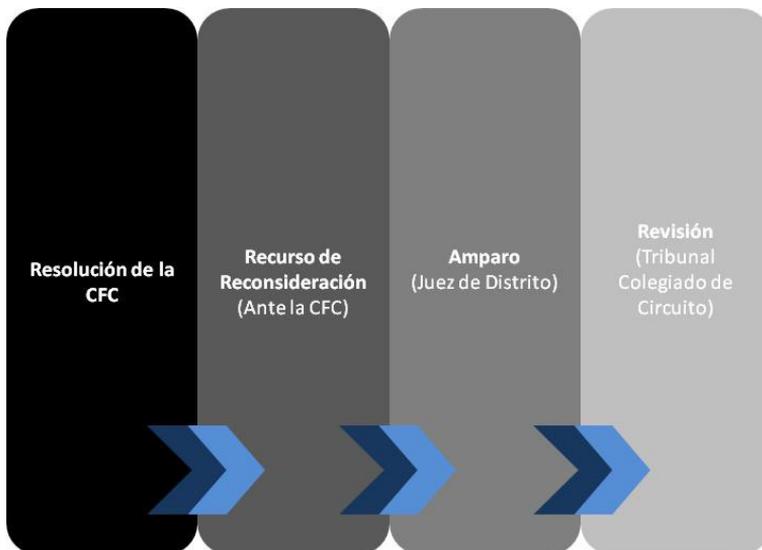
¹⁵ De hecho, organizaciones como la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados A.C. ha expresado dudas respecto de la pertinencia de este cambio de naturaleza jurídica y sobre los verdaderos beneficios de la propuesta y llama al Poder Legislativo a estudiar con más detalles las implicaciones de este cambio. Véase Pronunciamiento de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados A.C. en torno a este tema, disponible en <http://www.anade.org.mx/>.

la propuesta como un intento de debilitar los cimientos de la CFC y destruir lo que hasta ahora se ha construido en un espacio de más de 15 años de actividades. Esta crítica, quizá derive de que, conforme a la propuesta original, para llevar a cabo la transformación de la naturaleza jurídica de la CFC, el pleno deberá estar prácticamente renovado. En este sentido, es pertinente preguntarse si las condiciones actuales permiten una renovación de la composición del pleno, sin el riesgo de politizar los nombramientos y, en consecuencia la CFC.

a. Procedimiento de impugnación

En la actualidad, si un agente económico desea impugnar una resolución emitida por la CFC, deberá primero agotar el “procedimiento de reconsideración “ ante la propia CFC, con el fin de estar en condiciones de iniciar el juicio de amparo indirecto ante los tribunales federales.

Figura 6
Revisión del proceso



La minuta de los diputados propone ahora que las impugnaciones a las resoluciones emitidas por la CFC sean desahogadas ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y posteriormente mediante juicio de amparo directo. La minuta de los diputados prevé además la creación de una sala especializada dentro del TFJFA. Finalmente, tomando en consideración la competencia del TFJFA, la minuta propone establecer que el recurso de reconsideración ante la CFC sea opcional (no obligatorio como lo es ahora), para el agente económico.

Figura 7
Procedimiento de impugnación propuesto



¹ Después del Juicio de Amparo, se puede introducir un procedimiento de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, en casos muy limitados.

Esta propuesta ha sido fuertemente criticada ya que, para algunos, los procedimientos ante el TFJFA pueden llegar a ser demasiado largos. En particular, el Centro de Estudios Espinosa Yglesias es de la opinión que: “El TFJFA es muy lento, muy burocrático, no conoce de las cuestiones de fondo, y se ha de traducir en la duplicación del trabajo,

ya que generalmente el caso termina siendo revisado en una instancia judicial¹⁶.

Lo que considero muy positivo es la propuesta de crear instancias especializadas en materia de competencia. Esto implicaría la creación de un órgano de revisión que entienda profundamente los fundamentos de la política de competencia y que sea capaz de realizar un examen completo de las decisiones de la CFC. Respecto a la especialización, la iniciativa Beltrones/Mejía también propone la creación de jueces de distrito especializados. En mi opinión, de tomarse la propuesta de especialización, lo mejor sería que ésta se diera a nivel de los tribunales colegiados.

Contrastando esta propuesta con otras iniciativas, cabe destacar que la iniciativa presentada por Beltrones y Mejía no sólo introduce expresamente la posibilidad de que las decisiones de la CFC sean recurribles ante el TFJFA, sino que también establece la posibilidad de apelar dicha decisión ante los tribunales federales o ante un tribunal especializado en materia de competencia, ahora bajo la tutela del Poder Judicial. Esta propuesta tiene un inconveniente muy claro: el mantenimiento de las dos instancias de apelación es también un retroceso respecto del estatus quo. En efecto, cuando la LFCE fue promulgada en 1993, surgió la incertidumbre respecto de cuál debía ser la vía legal idónea para impugnar una resolución emitida por la CFC. Esta situación originó que los practicantes acudieran a las dos vías. Después de varios años de criterios judiciales incluso encontrados, esta incertidumbre se resolvió finalmente a través de una jurisprudencia dictada por los tribunales federales en la que se afirma claramente que una resolución de la CFC emitida en el contexto de un procedimiento de reconsideración ante la propia CFC no puede ser impugnada ante el TFJFA.¹⁷

En la minuta aprobada por el Senado, queda eliminada la propuesta de darle competencia al TFJFA y se regresa a la propuesta de crear salas especializadas en el seno del Poder Judicial.

¹⁶ Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *Evaluación de la Iniciativa de Reforma a la Ley Federal de Competencia Económica*, 22 de abril de 2010, p. 46.

¹⁷ Tesis: 2a./J. 30/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, p. 174, 3/2008.

2. *Herramientas para la efectiva implementación de la política de competencia*

En la práctica, se ha constatado que la política de competencia aún enfrenta obstáculos para poder alcanzar la efectividad que requiere para detectar y castigar las prácticas que dañan el funcionamiento eficiente de los mercados. Aunque hoy es incuestionable que la CFC también enfrenta retos en su quehacer administrativo diario, también es cierto que su actuación se ha visto limitada por la falta de herramientas eficaces para perseguir y castigar a los agentes que incurren en prácticas anticompetitivas.

Este hecho es expresamente reconocido por la minuta de los diputados y establece varias propuestas de reformas con el fin de reforzar la aplicación de la ley. Cada una de estas propuestas tiene una naturaleza diferente, distinto alcance y relevancia. A continuación me referiré a aquellas que me parecen más relevantes.

A. Conclusión anticipada en procedimiento: compromisos

La posibilidad de la CFC de cerrar un procedimiento de manera anticipada por llegar a un acuerdo con el agente económico sujeto a la investigación ha estado presente desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.¹⁸ Este mecanismo fue modificado en 2006 y algunas de las iniciativas proponen reformas al mismo.¹⁹

Algunos practicantes han argumentado que este procedimiento no ha sido comúnmente utilizado por los agentes económicos ya que la terminación anticipada por adopción de compromisos podría implicar el reconocimiento de la responsabilidad respecto de la comisión de las prácticas investigadas y, por ende, expone al agente económico a las posibles reclamaciones por daños y perjuicios por terceros.

¹⁸ Véase artículo 41 de la LFCE promulgada en 1998. Este procedimiento fue concebido para ser aplicado solamente a prácticas monopólicas relativas o concentraciones prohibidas. Sin embargo, años atrás, la CFC admitió se presentaran compromisos en tratándose de investigaciones por prácticas monopólicas absolutas.

¹⁹ Véase las iniciativas presentadas por los senadores Creel, y Beltrones y Mejía.

La minuta de los diputados modifica el artículo 33 bis 2 actualmente en vigor, el cual permite la terminación anticipada de los procedimientos a través de compromisos (es decir, los compromisos de suspender, retirar, corregir o no realizar la conducta investigada), mediante la imposición de una multa simbólica (es decir, un salario mínimo aplicable en la Ciudad de México, 57.48 pesos). La propuesta de reforma contemplada en la minuta (que por cierto es recogida por la minuta de los senadores), tiene el efecto de permitir la terminación anticipada, ya sea sin atribución de responsabilidad y cerrando el expediente o con la atribución de responsabilidad junto con una multa hasta por el equivalente a la mitad de lo que se impondría en ausencia del acuerdo. La propuesta recoge la limitación al agente económico, igual que hoy en día, de sólo poder utilizar este mecanismo una vez cada cinco años.

En mi opinión, la efectividad de esta modificación dependerá de los criterios que la CFC adopte a fin de establecer los lineamientos que deben aplicarse a un agente económico que ha solicitado una terminación anticipada sin declaración de responsabilidad. En efecto, la propuesta actual deja a la discreción de la CFC la elección entre las dos alternativas. El uso de esta alternativa durante el procedimiento puede ser desalentado por esa discrecionalidad ya que, de no operar el cierre anticipado del procedimiento sin responsabilidad, la pena podría ser sustancial de todas formas.²⁰

*B. Procedimiento expedito de verificación
del cumplimiento de las condiciones
y compromisos y otros incidentes de ejecución*

A diferencia de las otras iniciativas, la minuta de los diputados prevé un procedimiento expedito que permitiría a la CFC sancionar el incumplimiento, por parte de los agentes económicos, de las condi-

²⁰ La iniciativa presentada por el senador Santiago Creel prevé la terminación anticipada una vez publicado el Oficio de Probable Responsabilidad (OPR) (equivalente al *Statement of Objections*), considerando una multa equivalente a 1000 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal (alrededor de 57 500.00 pesos – USD\$4500.00). La iniciativa igualmente prevé la terminación anticipada del procedimiento previo la emisión del OPR si el agente económico demuestra que ha cesado la práctica sujeta a investigación.

ciones y compromisos asumidos ante el mismo con el fin de: i) efectuar una concentración, o ii) lograr una terminación anticipada de un procedimiento. Este procedimiento expedito y resumido está diseñado, entre otras situaciones, para sancionar a los agentes que, tras los compromisos asumidos para eliminar las prácticas o condiciones que se acuerden para autorizar la concentración, no hayan dado cumplimiento. Este procedimiento se maneja como una cuestión urgente y su resolución debe ser dictada dentro de 20 días. Este procedimiento, puede servir para el desahogo de otras cuestiones incidentales, como por ejemplo la aplicación de sanciones por información falsa, entre otros.

En la actualidad, si un agente económico no cumple con una condición o compromiso, parecería que la CFC debe iniciar y agotar el procedimiento completo que establece la ley para imponer la multa aplicable. Esto, por supuesto, ha limitado la capacidad de la CFC para comprobar y perseguir el incumplimiento de estas condiciones y compromisos.

C. Audiencias orales

La minuta de los diputados ofrece la posibilidad de audiencias formales en presencia de los comisionados para presentar argumentos orales, en los cuales participarían los presuntos responsables de los agentes económicos, el personal de la CFC a cargo del caso y, en su caso, el denunciante. Estas audiencias podrán celebrarse, a petición de una de las partes, al final del procedimiento para presentar los alegatos finales, y requiere la presencia de al menos tres comisionados para su realización.²¹

Las audiencias orales han demostrado ser eficaces en otras partes del mundo, garantizando que todos los agentes económicos con interés jurídico sean debidamente escuchados en el proceso. Las audiencias orales sin duda aumentarían la transparencia ya que los comisionados escucharían los argumentos orales de ambas partes y de los funcionarios de la CFC, al mismo tiempo. Por otra parte, las audiencias orales

²¹ La iniciativa Beltrones/Mejía también prevé la incorporar una audiencia oral.

también ayudarían a disipar las dudas de parcialidad derivado de que todas las partes tendrán plena oportunidad de presentar el caso ante el pleno. Por supuesto, la aplicación de las audiencias que requieren la existencia de normativa dictada por la CFC.

D. Visitas de verificación

Una preocupación compartida por la mayoría de las iniciativas es la necesidad de proporcionar a la Comisión mayores herramientas en sus funciones de investigación, particularmente en términos de visitas de verificación.

Desde 2004, la OCDE ha señalado la necesidad de que la CFC obtenga autorización legal para realizar búsquedas y registros sin previos aviso en locales de negocios con el fin de estar en condiciones de identificar y superar las actividades de los carteles.²²

Las visitas de verificación se introdujeron a la ley en 2006, y en virtud de los términos en los que quedaron permitidas las visitas, no han funcionado en la práctica y es prácticamente imposible que la CFC realice una visita de verificación efectiva. Por ejemplo, para que la CFC pueda realizar una visita de verificación, antes debe de solicitar la información por escrito y sólo si el agente económico se niega a proporcionar la información, puede emitir una orden para una visita de verificación a fin de obtener dicha información. Por otra parte, las verificaciones sorpresa no están autorizadas. El previo aviso a un agente económico tiene el efecto de alertar al investigado con el riesgo de que éste tenga el tiempo necesario para ocultar o destruir pruebas o tomar acciones con el fin de obstaculizar la búsqueda.

La minuta de los diputados elimina la restricción actual y permite visitas aunque la CFC no haya emitido requerimientos previos. La propuesta permite solicitar cualquier documento que sea pertinente para la investigación y establece las visitas sin previo aviso en cualquier dirección en la que podría estar localizada la información pertinente. Por supuesto, la propuesta también establece el procedimiento y for-

²² OECD, *Competition Law and Policy in Mexico: and OECD Peer Review*, 2004, p. 65.

malidades que deben observarse y los derechos y obligaciones de los agentes económicos que son objeto de la visita.

Por su parte, la iniciativa de Beltrones y de Mejía únicamente prevé modificaciones destinadas a eliminar del texto actual la necesidad de una orden judicial para realizar la visita, condición que ya ha sido considerada inconstitucional de acuerdo a una resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia. Este es uno de los temas que se discutieron en el Senado sin alcanzar a ser incluido en la minuta que fue enviada a la Cámara de Diputados para su consideración.

E. Incremento en monto de la multa

Las cuatro iniciativas en discusión tienen dentro de su objetivo el endurecer las sanciones a fin de lograr un efecto disuasivo de las conductas anticompetitivas, incluso algunos de ellos también prevén imputar responsabilidad penal por la comisión de prácticas monopólicas absolutas.²³

Sin embargo discrepan en la metodología empleada:

- a) La minuta de los diputados prevé la imposición de multas calculadas sobre la base de los ingresos gravables (excluidos los procedentes de una fuente exterior de ingresos), del agente económico responsable (hasta un 10%).
- b) De acuerdo a la propuesta del senador Arce, las sanciones deben ser consistentes con el daño que ha sido causado por la actividad sancionada, y calculadas con base en un porcentaje del ingreso neto total. Esta sanción máxima sería de 15% del ingreso neto.
- c) La iniciativa de Creel comparte la misma opinión que la de Beltrones y Mejía, con la diferencia que el primero establece una sanción máxima de 10% de los ingresos.

²³ Hoy en día la multa máxima equivale a 7 millones de dólares y aun cuando la CPF prevé ciertas conductas anticompetitivas como delitos, en la práctica no ha sido aplicado pues no es del todo consistente con lo previsto por el artículo 9o. de la LFCE. Cabe señalar, que previo a las reformas de 2006; la CFC estaba facultada para aplicar una multa equivalente hasta por el 10% de las ventas anuales del agente económico responsable o hasta 10% de sus activos en casos considerados particularmente graves (artículo 37 de la LFCE).

Vale la pena señalar que el estándar internacional es basar las multas en un porcentaje del volumen de negocios mundial del agente económico y no se limita a los ingresos obtenidos en una jurisdicción determinada o en un mercado específico.

Con respecto a los niveles, la minuta de los diputados prevé multas diferenciadas según el tipo de acto:

- a) 10% de los ingresos en los casos de prácticas monopólicas absolutas o en el incumplimiento de una medida cautelar.
- b) 10% de los ingresos en los casos en que las condiciones asumidas por el agente económico no se han cumplido antes de la CFC.
- c) 8% de los ingresos en los casos de prácticas monopólicas relativas o por la ejecución de una concentración prohibida.
- d) 8% de los ingresos por la violación de compromisos asumidos por la CFC o por la ejecución de una concentración cuando la CFC emitió una orden de prevención para el cierre de la transacción.
- e) Importantes sanciones para las personas que cometan una práctica prohibida (200 000 veces el salario mínimo).
- f) Aumento de las penas por la presentación de información falsa (175 000 veces el salario mínimo).
- g) En caso de reincidencia las sanciones se duplicarían.

Mucho se ha dicho en los medios y por otras voces calificadas sobre la necesidad de incrementar las multas a los niveles de otras jurisdicciones. No obstante, no hay que olvidar que aunque el aumento de las multas es importante para disuadir conductas anticompetitivas, la eficacia de las sanciones depende no sólo del aumento, sino que también de la detección apropiada y la correcta administración de los casos. En este sentido, si la CFC desea aumentar la disuasión de las conductas prohibidas, es importante que se concentre y adopte las medidas necesarias para llevar a cabo investigaciones bien fundamentadas y defender sus resoluciones de manera adecuada ante los tribunales.

En cuanto a la aplicación de multas, es importante resaltar la importancia de la publicación por parte de la CFC de los lineamientos relativos a aplicación de las multas (es decir, los criterios que debe adop-

tar la Comisión para mitigar o agravar el importe de la multa). En efecto, en otras jurisdicciones tales como la Unión Europea, existen directrices muy claras de la manera en que la autoridad individualizará la multa contribuyendo así a la seguridad jurídica de los agentes económicos. En este sentido, la minuta de los diputados incluye la obligación de la CFC de emitir tales directrices en un periodo de seis meses desde la entrada en vigor de las enmiendas. Sin embargo, la propuesta no establece sanción por no emitir los lineamientos en el plazo establecido. En este sentido, parecería adecuado que la entrada en vigor de esta modificación (*i. e.* el aumento de las sanciones) estuviera sujeta la emisión formal de los referidos lineamientos.

F. Responsabilidad penal

La responsabilidad penal por la comisión de una práctica monopólica absoluta, en mi opinión, es indispensable para promover la efectividad del programa de inmunidad y para disuadir las prácticas monopólicas absolutas. En efecto, el costo de violar la ley se incrementa para las personas físicas involucradas en la realización de la práctica.

En línea con otras iniciativas, la minuta de los diputados propone modificar el Código Penal para tales fines. La sanción propuesta consiste en pena privativa de la libertad de tres a diez años y una multa de hasta tres mil veces el salario mínimo a los que lleven a cabo prácticas monopólicas absolutas. El delito se persigue por querrela presentada por CFC una vez que ha resuelto en sede administrativa sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de la ley.

La iniciativa también establece que la CFC puede retirar la querrela cuando constate que el agente económico ha cumplido con los requisitos establecidos en el marco del procedimiento administrativo. Algunos expertos han criticado la propuesta por considerar que no es conveniente facultar a una autoridad con un amplio margen de discrecionalidad respecto del ejercicio de la acción ya que esto podría obligar a los agentes económicos a pagar multas injustas a cambio de obtener indulgencia respecto de la acción penal.

G. Medidas cautelares

Una cuestión que puede tener repercusiones desde un punto de vista litigioso son las medidas cautelares previstas en el artículo 34 bis 4, que la minuta de los diputados tiene previsto introducir. El nuevo artículo establece que en cualquier etapa del procedimiento de investigación y del proceso administrativo seguido en forma juicio, la CFC puede ordenar la suspensión de la conducta que supuestamente constituye una práctica monopólica. Lo anterior con el fin de evitar todo daño a las condiciones de competencia que prevalecen en el mercado, mientras que el procedimiento todavía está en proceso.

Teniendo en cuenta que los tribunales federales han declarado ya que las medidas cautelares previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles no son aplicables de manera supletoria a los casos de competencia económica en virtud de que esta institución no está prevista en la LFCE, está claro que la reforma facultará a la CFC a utilizar esta nueva herramienta que sin duda ayudará a prevenir daños a las condiciones de competencia.

Esto es, la minuta de los diputados propone introducir la posibilidad de una medida cautelar a fin de evitar que los efectos de una práctica monopólica sigan dañando las condiciones de competencia mientras que la determinación de la responsabilidad se encuentra todavía en proceso. Sin embargo, lo que no está claro es cómo operarán estas medidas en detalle. Por ejemplo, ¿qué sucederá si, al final del procedimiento el agente económico del que ordenó la suspensión de una conducta es declarado inocente de una conducta ilegal?, ¿quién indemnizará a dicho agente por las pérdidas económicas que pudiera haber sufrido como consecuencia de la medida cautelar establecida? Tratándose de juicios civiles, aquel que pide la imposición de medidas cautelares debe de garantizar los daños que se generarían si resultare que la contraparte no ha incurrido en responsabilidad. Esta propuesta ha despertado un debate interesante que se ha traducido en la no incorporación de esta figura en la minuta aprobada por los senadores el pasado diciembre de 2010.

H. *Otras cuestiones*

Mientras que las herramientas que se proponen incluir en la reforma han sido ya mencionadas, hay otras cuestiones contenidas en la minuta de los diputados, que también merecen ser mencionadas:

- a) *Programa de inmunidad.* Prevé modificaciones para el programa de inmunidad con el fin de: (i) aclarar específicamente la posibilidad de los individuos para acceder a los beneficios del programa, y (ii) evitar la interpretación de que el programa elimina la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a terceros afectados por la práctica.
- b) *Facultades para investigar las prácticas de las entidades públicas que no están expresamente protegidos por el artículo 28 de la Constitución.* La minuta de los diputados incluye expresamente la facultad de investigar las entidades que tienen a su cargo actividades estratégicas protegidas por el artículo 28 de la Constitución en relación con las actividades que no estén específicamente excluidos de la aplicación de la LFCE. Por supuesto, este es un tema muy importante, pero la propuesta no responde adecuadamente a la cuestión central consiste en establecer claramente que el establecimiento de actividades de manera exclusiva no debe entenderse como un permiso constitucional de abusar de esta exclusividad para realizar prácticas que dañen o impidan la competencia.
- c) *Poderes de investigación a otras entidades.* La minuta de los diputados incluye mecanismos para que la CFC pueda pedir información a otras entidades gubernamentales para efectos de sustanciar sus procedimientos. Esto ya lo hace la CFC en la práctica pero la propuesta establece ahora la obligación expresa y los tiempos para atender la solicitud de la autoridad en materia de competencia.
- d) *Facultad de emitir directrices a los organismos en materia competencia.* La propuesta incluye expresamente la posibilidad de emitir lineamientos a los organismos relacionados con el tema de competencia. En este caso, la CFC debe escuchar a la Secretaría de Hacienda y a la autoridad relacionada al sector investigado.

3. *Conceptos: poder sustancial conjunto*

Desde el punto de vista de la sustancia en el análisis de los casos de competencia, quizá la única figura relevante que introducen o proponen algunas reformas es el concepto de poder sustancial conjunto. En efecto, la minuta de los diputados incluye la posibilidad de que la CFC determine una posición dominante conjunta tomando en cuenta la posición en el mercado de dos o más agentes económicos en los casos de: i) la posible realización de prácticas monopólicas relativas; ii) la determinación de la ausencia de condiciones de competencia efectiva o la existencia de poder sustancial, y iii) análisis de los efectos de las concentraciones. Esto es, el poder sustancial conjunto puede darse cuando dos o más agentes económicos independientes, considerados de manera conjunta, poseen poder de mercado de tal manera que sus acciones paralelas pueden afectar el proceso de competencia y la libre competencia.

Si bien esta figura se ha aplicado en otras jurisdicciones, no existen criterios inequívocos sobre la forma de abordar esta cuestión. Existen algunos economistas que han criticado la manera en la que esta figura fue introducida.²⁴

Si esta adición es aprobada, se podrá imputar responsabilidad a empresas por la realización de actos unilaterales en mercados oligopólicos. Independientemente del hecho de que actualmente la figura de poder sustancial conjunto no está expresamente prevista en la LFCE, la CFC ya la ha utilizado en la determinación de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de distribución de gas LP.²⁵

4. *Transparencia*

El debate sobre la necesidad de dotar a la CFC de más herramientas para perseguir y prevenir los actos ilícitos, también ha generado la inquietud de la manera en la que la CFC utilizará las mismas. En este

²⁴ Sánchez, Alvaro, *Poder sustancial conjunto en la Ley Federal de Competencia Económica*, Abril, 2010, en http://www.vb.com.mx/index_espanol.html.

²⁵ Véase expediente DC-02-2001, disponible en http://resoluciones.cfc.gob.mx/Docs/dc_02_2001_resolucion_final.pdf.

sentido, algunos practicantes han expresado su preocupación por la falta de transparencia y congruencia en sus procedimientos y procesos de toma de decisiones. Algunos consideran que la CFC mantiene demasiada discreción y, a veces la autoridad no da a conocer lo suficiente respecto de su razonamiento al momento de decidir los casos. Por supuesto, aunque esta crítica ha estado en vigor desde la última revisión realizada por la OCDE,²⁶ también es cierto que la CFC se ha estado moviendo en la dirección correcta y ha mejorado su deber de comunicación y consulta pública. Sin embargo, aun cuando sin duda hay otras acciones que la autoridad está adoptando para revertir esta percepción, también parece razonable exigir mayores esfuerzos cuando la autoridad está reclamando nuevas y más eficaces herramientas. En este contexto, las iniciativas incluyen varias propuestas encaminadas a mejorar la transparencia, en particular las siguientes:

A. Reporte anual y evaluación ex post

A pesar de que el marco legal prevé hoy en día la obligación del presidente de presentar un informe anual y que en la práctica esta obligación se ha observado adecuadamente, la minuta de los diputados establece específicamente que el informe anual se debe entregar a más tardar el 31 de marzo de cada año.

No obstante el papel que juega la emisión del informe anual de la CFC, es relevante hacer notar que en aras de fortalecer la cultura de competencia es importante que la autoridad presente hacia la sociedad los beneficios palpables que se han derivado de su gestión en un periodo determinado. En este sentido, la minuta de los diputados establece que la CFC realizará y publicará, al menos cada cinco años, una evaluación cuantitativa y cualitativa de las contribuciones netas a los consumidores, derivado de su desempeño. Esta obligación forzará a la CFC a llevar evaluaciones *ex post* y proporcionar información relevante para evaluar el impacto de sus actividades sobre la propia economía mexicana.

²⁶ OECD, *Competition Law and Policy in Mexico: and OECD Peer Review*, 2004, p. 42.

B. *Publicación de guías*

La minuta de los diputados establece la obligación de la CFC de emitir lineamientos relativos a: i) la imposición de sanciones; ii) la existencia de prácticas monopólicas; iii) las concentraciones; iv) el inicio de las investigaciones; v) la determinación de poder sustancial; vi) el programa de reducción de las sanciones; vii) la conclusión anticipada del proceso, y viii) el retiro de la querrela en un proceso penal.

De acuerdo a las disposiciones transitorias de la minuta de los diputados, la CFC debe emitir estos lineamientos en un plazo de seis meses a partir de su entrada en vigor. Hay que mencionar que esta es una norma imperfecta, ya que no hay sanción prevista en caso de incumplimiento de esta obligación.

C. *Coordinación con otros entes reguladores*

Sin lugar a dudas, una de las áreas en las que la política de competencia se enfrenta a grandes desafíos es en la coordinación de acciones con otras autoridades que regulan sectores específicos. De hecho, las industrias reguladas (por ejemplo, los servicios financieros, telecomunicaciones, transporte y energía), son por lo general las áreas que tienen más impacto en las condiciones del mercado, y por lo tanto, la existencia de políticas claras y coordinadas que fomenten la competencia son esenciales.

Teniendo en cuenta que hoy en día la interacción de la CFC, con otros organismos reguladores se puede mejorar en muchos aspectos, la minuta de los diputados propone incluir la obligación por medio de la cual la CFC está obligada a reunirse al menos una vez al año con otros organismos reguladores pertinentes, a fin de coordinar las acciones en materia de competencia.

5. *Simplificación de procedimientos*

En el marco de las últimas modificaciones de la LFCE en 2006, se introdujo un proceso abreviado de las transacciones que es “notorio” que no afectaría a las condiciones de competencia. Este procedimien-

to está contenido en el artículo 21 bis de la LFCE. El artículo 24 del reglamento enumera los casos en los que la CFC considera que tal procedimiento abreviado se aplicaría. Actualmente, esta lista incluye: i) reestructuras corporativas; ii) operaciones que no afectan a la estructura del mercado y sólo si la empresa adquirida no participa también en los mercados relacionados, y iii) transacciones que impliquen el aumento de participación en el capital de las empresas ya están controladas por agentes económicos.

Algunos practicantes han manifestado que el artículo 21 bis de la LFCE no se ha utilizado con la frecuencia que se ameritan en virtud de que la CFC ha adoptado una interpretación muy estrecha respecto de los casos en los cuáles se cumplen con los requisitos para sustanciar el procedimiento con base en este artículo. Esta incertidumbre ha generado que los agentes económicos decidan acogerse al procedimiento ordinario en donde la carga regulatoria es mayor.

Para responder en parte a esta preocupación y para disminuir cargas regulatorias innecesarias, la reforma propone que los casos en los que aplica el artículo 21 bis de la LFCE sean previstas en la propia ley (en lugar de referirse al reglamento que se aplica hoy en día).

Por otro lado, existen concentraciones que no suponen un problema para la competencia, como es el caso de la reestructuración corporativa. Aun cuando en las reformas de 2006 se incluyó un procedimiento simplificado para algunos de estos casos, hay todavía una gran cantidad de situaciones en que la notificación de concentración parecería no ser necesaria. En vista de ello, la minuta de los diputados incluye una nueva lista de excepciones en las que no es necesario notificar una concentración (por ejemplo, la reestructuración de empresas). La lista incluye: i) reestructura corporativa; ii) las operaciones sobre acciones o participaciones de sociedades extranjeras, siempre que los agentes económicos involucrados en dichos actos no adquieran la participación en empresas mexicanas; iii) los casos en que el comprador es una sociedad de inversión y la transacción es con fines de inversión, a menos que las operaciones de esas empresas permitan influir en las decisiones de la adquirida, y iv) las transacciones en la Bolsa de Valores, siempre que la entidad adquirente no posee más que el 10% de la

adquirida y cuando su participación no lo habilite para tener alguna influencia en la gestión empresarial.

Por supuesto, toda propuesta que reduzca la carga regulatoria innecesaria es bienvenida. No obstante, esta lista genera un problema adicional: ¿están listadas todas las situaciones que no ameritan revisión de la CFC?

6. *Concurrencias y divergencias*

Tratando de simplificar las principales cuestiones previstas en las diferentes iniciativas, la siguiente lista identifica el consenso y los desacuerdos sobre los principales aspectos:

- a) Todas las iniciativas coinciden en la necesidad de reformar la LFCE con el fin de facultar a la autoridad con más y mejores herramientas para la aplicación de la política de competencia.
- b) Todas las iniciativas coinciden en la necesidad de implementar sanciones más severas que disuadan la comisión de prácticas monopólicas. Sin embargo, difieren en las bases de cálculo de las multas o porcentajes.
- c) Todas las iniciativas incluyen medidas para mejorar la transparencia de la práctica administrativa de la CFC.
- d) Tres de las iniciativas coinciden en la necesidad de simplificar aún más el procedimiento de notificación de concentraciones.
- e) Tres de las iniciativas coinciden en la necesidad de dar más facultades a la Comisión para establecer medidas provisionales de protección.
- f) Tres de las iniciativas coinciden en la necesidad de clarificar y simplificar el proceso de visitas de verificación. Sólo dos coincidieron con la propuesta de eliminar las restricciones para revisar la información y documentos solicitados anteriormente.
- g) Tres de las iniciativas incluyen la opción de dar por terminado el procedimiento de investigación de antemano. Sin embargo, difieren en cuanto a la cuantía de la multa a imponer.
- h) Dos iniciativas proponen la inclusión del concepto de poder sustancial conjunto.

7. *Otras iniciativas legislativas de gran impacto en la competencia: las acciones colectivas*

Un aspecto también importante para la política de competencia es la promulgación de normas claras que permitan a las personas afectadas por la comisión de prácticas monopólicas a reclamar daños y perjuicios.

El proyecto de ley que modificó el artículo 17 de la Constitución Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010, establece que las leyes secundarias regularán las acciones y procedimientos para la protección correcta de los derechos e intereses colectivos. En cumplimiento de lo anterior, el 7 de septiembre de 2010, el senador Jesús Murillo Karam presentó un proyecto de ley que modifica diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Federal de Competencia Económica.

El objetivo principal del proyecto es la construcción de un marco armónico de las acciones colectivas mediante el establecimiento de las áreas de aplicación, procedimientos judiciales, así como los mecanismos para reclamar daños y perjuicios. Por otra parte, el proyecto de ley tiene por objeto la creación de acciones colectivas como un medio para proteger los derechos de los consumidores y lograr su organización, con lo que se logra una mayor protección de sus intereses.

El proyecto de ley inserta una nueva sección en el Código Federal de Procedimientos Civiles titulado “Acciones colectivas y procedimientos judiciales”, que determina que las acciones colectivas se ejercen adecuadamente cuando tienen por objeto la protección de uno de los siguientes derechos: i) los derechos colectivos e intereses difusos, es decir, aquellos que están restringidos por una fuente común y cuyos sujetos son o pueden ser determinados sin dificultad, y aquellos que dañan a un grupo amplio e indeterminado de personas sin vínculo jurídico entre ellos, respectivamente, y ii) los derechos individuales e intereses con efectos colectivos. Los tribunales federales mantienen la competencia exclusiva para conocer de casos relativos a las acciones colectivas.

El proyecto de ley propone que se reconozca legitimación en el ejercicio de acciones colectivas para los organismos y entidades federales, cuyo principal objetivo es proteger los derechos e intereses re-

lacionados con el objeto del litigio. Sin embargo, el proyecto de ley también sugiere que las asociaciones civiles dedicadas a la promoción y defensa de los derechos e intereses relacionados con el objeto del procedimiento, se les conceda legitimación. Por último, la legislación secundaria le otorga derecho de accionar al procurador y a los grupos de al menos 50 miembros de la clase afectada.

El proyecto de ley ha adoptado un modelo *Opt-Out* (*i. e.* todos los sujetos que se encuentren dentro de los supuestos de la acción se benefician por la misma salvo que alguno de ellos opte por desligarse formalmente de la misma) con el fin de obtener una indemnización a todos los sujetos que puedan demostrar la existencia de un perjuicio, independientemente de si eran o no las partes en un procedimiento, ya que la sentencia unirá la parte responsable, con toda la clase afectada. Asimismo, el proyecto de ley incluye la posibilidad de que un procedimiento se termina en cualquier momento por medio de un acuerdo judicial, siempre y cuando la sentencia no haya sido dictada.

En el marco de la competencia económica, el proceso para reclamar daños y perjuicios será independiente al proceso administrativo llevado a cabo por la CFC. En efecto, el procedimiento para reclamar una indemnización por daños y perjuicios se realiza ante el tribunal de distrito en forma de un juicio civil

El artículo 38 de la LFCE establece que los agentes económicos perjudicados por la existencia de prácticas contrarias a la competencia pueden solicitar una indemnización por daños civiles. En consecuencia, la autoridad judicial puede solicitar a la CFC que calcule el monto de los daños causados por dichas actividades. El proyecto de ley es relevante, ya que también modifica la citada disposición mediante la introducción de la posibilidad de que todos los agentes económicos afectados por una práctica contraria a la competencia mediante una acción individual o colectiva, puedan reclamar una indemnización por los daños causados.

El proyecto de ley ha sido enviado a la Comisión de Gobernación y Estudios Legislativos del Senado para su posterior análisis.

V. CONCLUSIONES

Ninguna de las iniciativas presentadas al Congreso es perfecta y resuelve todos los retos que enfrenta la política de competencia en México. Sin lugar a dudas, la política de competencia debe superar varios frentes, además de la necesidad de lograr modificaciones legales para llenar los vacíos importantes que prevalecen en la actual LFCE. Por ejemplo:

- a) En el ámbito de las prácticas administrativas, la CFC tiene que trabajar en la estandarización de los procedimientos, la mejora de la transparencia, la evaluación de los efectos en el mercado y el daño a la competencia, la identificación y el uso de las mejores herramientas disponibles para la investigación y la recopilación de información de mercado, entre otros. Este es un desafío interminable ya que en la medida en que la CFC se fortalece y obtiene más recursos, será necesario una mejor rendición de cuentas y una mayor transparencia en la gestión y toma de decisiones. Por supuesto, a pesar de las iniciativas será necesario que la CFC se desenvuelva con mayor transparencia.
- b) En el ámbito de la administración pública, la CFC debe conseguir los recursos humanos necesarios para desempeñar sus funciones de manera eficiente. Aunque esto no quiere decir que se abra a la CFC la llave para acceder a recursos ilimitados, el gobierno debe invertir en la creación de una autoridad más eficaz que cuente con una sólida planilla de investigadores.
- c) En cuanto a su relación con otros sectores, la política de competencia debe contar con una mejor coordinación con otras autoridades, siendo también importante establecer una política de competencia global que alcance a todos los sectores. Las iniciativas enfrentan este problema de manera superficial y, de hecho, ignora la necesidad de lograr la coherencia entre la legislación específica aplicable a otros sectores y la LFCE. Además se requiere el establecimiento de un papel más articulado de la CFC con la regulación en el sector correspondiente (por ejemplo, con respecto a las declaraciones de las condiciones de una competencia efectiva).

- d) Por lo que respecta a las relaciones con otros actores de importancia para la política de competencia, la CFC ha abordado el Poder Judicial y las asociaciones profesionales con el fin de discutir temas relevantes de la competencia. Sin embargo, esta tarea es un proceso continuo y su objetivo es alcanzar incluso un mayor número de destinatarios, especialmente a los consumidores para hacerlos conscientes de los beneficios que reciben de la competencia.

Desde luego que hay otras herramientas a disposición de la CFC, que sin embargo no han sido explotadas en la práctica (como el castigo de los agentes económicos que presenten información falsa), y hay otros que no están cubiertos por las iniciativas (por ejemplo, agravar sanciones por obstruir una investigación o la destrucción de pruebas).

En resumen, una reforma comprensiva que incluya los diversos aspectos que presenta la minuta de los diputados es deseable. Ninguna de las iniciativas presentadas son perfectas, no obstante, el autor considera que la minuta de los diputados, con algunos matices, transita en la dirección correcta.